

Kostenrisiko und Grundgesetz

von

Erwin Baier

aus

Jahrsdorf/Mittelfranken

1974

1974 № 340

Kostenrisiko und Grundgesetz

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität

Erlangen-Nürnberg

vorgelegt

von

Erwin Baier

aus

Jahrsdorf/Mittelfranken



Referent: Professor Dr. Dieter Leipold
Tag der mündlichen Prüfung: 25.7.1974

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	XII
Einleitung	1
 1. Kapitel	
 <u>Das Kostenrisiko</u>	 4
 I. <u>Die Kostenregelung in ZPO und GKG</u>	 5
 1. Kostengrund und Kostenhöhe	 6
a) Kostengrund	6
α) Grundsatz der §§ 91, 92 ZPO und 99 Ziffer 1 GKG	6
β) Einheitliche Kostenentscheidung	7
b) Kostenhöhe	8
α) Streitwert	8
aa) Feststehender Streitwert	9
bb) Schätzung des Streitwerts durch das Gericht	10
β) Abhängigkeit vom Ablauf des Ver- fahrens	11

	Seite
2. Das Armenrecht	12
3. Besonderheiten im arbeits- und sozial- gerichtlichen Verfahren	14
II. <u>Folgen der Prozeßkostenregelung</u>	15
1. Unausgewogenes Verhältnis zwischen Kosten- risiko und Interesse der Parteien an einer gerichtlichen Entscheidung	16
2. Benachteiligung wirtschaftlich schwacher Parteien	20
3. Rechtswegsperr	26
III. <u>Thesen zum Kostenrisiko</u>	27
IV. <u>Anregung: Überprüfung der Thesen an Hand einer empirischen Untersuchung</u>	28
1. Methodische Zulässigkeit einer empirischen Untersuchung	29
a) Soziologie und Recht	30
b) Rechtstatsachenforschung als Entschei- dungshilfe	32
c) Grenzen der Rechtstatsachenforschung	33

2. Methode der empirischen Sozialforschung	35
a) Untersuchungsmodus	35
b) Auswahlverfahren	39
c) Fragebogen	41

2. Kapitel

Vereinbarkeit des Kostenrechts

<u>mit dem Grundgesetz</u>	51
----------------------------	----

I. Kostenrisiko und allgemeine verfassungsrechtliche Prinzipien

1. Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit	54
a) Inhalt und Umfang	54
b) Gebot der Verfassung	55
c) Anwendbarkeit auf das Kostenrecht	56
2. Gesetzgeberisches Ermessen und Normenkontrolle	58
a) Das gesetzgeberische Ermessen als Ausfluß des Gewaltenteilungsprinzips	58
b) Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens	59
c) Folgerungen für die Normenkontrolle	60

	Seite
3. Ergebnis	63
II. <u>Kostenrisiko und Justizgarantie</u>	65
1. Justizgarantie durch das GG	66
a) Art. 19 Abs. 4 GG	66
b) Art. 17 GG	67
c) Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG	68
d) Art. 103 Abs. 1 GG	69
e) Art. 2 Abs. 1 GG	71
f) Rechtsstaatsprinzip	72
α) Verankerung des Rechtsstaatsprinzips im GG	72
β) Rechtsstaat und Justizgarantie	72
γ) Justizgarantie als Postulat des Rechtsstaats	75
δ) Die Bundesrepublik Deutschland - ein Rechtswegstaat	75
2. Verletzung der Justizgarantie durch das Kostenrisiko	77
a) Justizgarantie - formales oder materiel- les Recht	78
α) Rechtsstaat im Wandel der Zeit	78
β) Rechtsstaat als Gerechtigkeitsstaat	78

	Seite
b) Rechtsstaat und Sozialstaat	79
α) Die Bundesrepublik Deutschland als Sozialstaat	79
β) Die normative Bedeutung der Sozial- staatsklausel: Gebot zu sozialer Gerechtigkeit	80
γ) Sozialstaat - Antinomie oder notwen- dige Ergänzung des Rechtsstaates	81
III. <u>Kostenrisiko und Art. 3 Abs. 1 GG</u>	83
1. Interpretation des Art. 3 Abs. 1 GG durch das BVerfG	83
2. Das Sozialstaatsprinzip als Auslegungs- richtlinie	84
3. Funktion des Gleichheitssatzes im Sozialstaat	85
a) Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG zum Sozialstaatsprinzip	85
b) Art. 3 Abs. 1 GG - Garantie formaler oder materialer Gleichheit	87
c) Art. 3 Abs. 1 GG - Gebot der égalité oder Verbot von Willkür	89
4. Zwei Theorien menschlicher Gleichheit	90
5. Art. 3 Abs. 1 GG und das Armenrecht	92

3. Kapitel

<u>Lösung des Problems</u>	94
<u>I. Reformansätze in der Rechtsprechung</u>	94
1. Zulassung eines unbezifferten Klageantrages	94
2. Anpassung des Streitwerts an den wirklichen Streit	98
3. Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse bei der Streitwertfestsetzung nach § 3 ZPO	98
a) Baulandsachen (§§ 45 ff, 157 ff BBauG)	98
b) Klage eines Verbraucherverbandes nach § 13 UWG	101
<u>II. Lösungsvorschläge</u>	102
1. Kritik an den Prämissen des Kostenrechts	102
a) Staat und Rechtsschutz	103
α) Rechtsschutz als staatliche Aufgabe	103
β) Die Rechtsprechung im Lichte des Grundgesetzes	105

g) Auftrag der Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG an den Gesetzgeber	107
b) Zweck eines Prozesses	107
α) Formelle Prozeßzwecke	108
aa) "Legitimation durch Verfahren"	108
bb) Prozeß als Modalität der Einigung der Parteien	112
cc) Prozeß als institutionalisiertes Modell für Konfliktlösungen	115
dd) Mittel zur Herbeiführung von Rechtskraft	117
β) Materielle Prozeßzwecke	119
aa) Subjektive Theorie: Konkretisie- rung subjektiver Rechte und Rechts- fortbildung	120
bb) Objektive Theorie: Schutz von Rechtsinstituten	123
cc) Doppelfunktion des Prozesses: Rechtsschutzfunktion und Bewährung der objektiven Rechtsordnung	125
γ) Sonderproblem der Revision	127
aa) Interesse der Allgemeinheit an der Revision	128
bb) Revision im Parteiinteresse	129
cc) Vermittelnde Theorie	130

	Seite
dd) Ausformung der Revision in der ZPO	131
e) Ergebnis	131
c) Wesen und Legitimation des Kostenrechts	132
α) Theorien zum Prozeßkostenrecht	133
aa) Straftheorie	134
bb) Ersatztheorie	135
cc) Die uneinheitliche Theorie Waldners	136
dd) Theorie der Zweckmäßigkeit oder Abschreckung	137
β) Ausprägung des Kostenrechts in ZPO und GKG	139
γ) Kritik der Theorien	141
d) Thesen	143
2. Zielvorstellungen	146
3. Folgerungen	147
a) De lege lata	147
α) Verfassungskonforme Kostenentschei- dung auf Grund der Verfassung	148
aa) Verfassungskonforme Gesetzes- auslegung	148
bb) Richterliche Rechtsfortbildung	150

9) Überlegungen zur Streitwertfest-	
setzung	153
aa) Festsetzung des Streitwerts nach	
Rücksprache und in Übereinstim-	
mung mit den Prozeßparteien	153
bb) Konsequente Anwendung des § 287	
Abs. 2 ZPO	154
cc) Anpassung des Streitwerts an	
den "wirklichen" Streit	155
dd) Berücksichtigung der Vermögens-	
verhältnisse bei der Schätzung	
des Streitwerts nach § 3 ZPO	155
ee) Streitwertherabsetzung analog	
§§ 53 Abs. 1 PatG, 247 Abs. 2	
AktG, 23 a UWG, 31 a WZG,	
17 a GebrMG	159
ee 1) Verfassungsmäßigkeit der	
§§ 53 Abs. 1 PatG, 247	
Abs. 2 AktG, 23 a UWG,	
31 a WZG, 17 a GebrMG	160
ee 2) Zweckmäßigkeit eines Ana-	
logieschlusses	162
ee 3) Zulässigkeit einer analo-	
gen Anwendung	164
g) Großzügige Handhabung des Armenrechts	166
aa) Kursorische Prüfung der Erfolgs-	
aussicht der Klage	166

	Seite
bb) Großzügige Beiordnung eines Rechtsanwalts	167
cc) Extensive Auslegung des Be- griffs "notwendiger Unterhalt"	168
b) De lege ferenda	170
α) Die umfassende Lösung des Kosten- problems	170
aa) Das kostenlose Recht - eine Utopie?	171
bb) Vor- und Nachteile des gelten- den Prozeßkostenrechts - kri- tische Analyse des Systems	172
β) Allgemeine Senkung des Kostenrisikos	174
aa) Aufhebung des Anwaltszwanges	174
bb) Kostenlose Rechtsberatung	178
γ) Gerichtsgebühren - ein unverzicht- barer Bestandteil des Kostenrechts?	180
aa) Gebühregrund: Gegenleistung für Inanspruchnahme einer staatlichen Leistung	181
bb) Gebührenhöhe:	182
bb 1) Abwägung zwischen allgemei- ner Aufgabe und Sondernut- zung der Rechtssuchenden	182
bb 2) Das Äquivalenzprinzip	183

	Seite
bb 3) Die Gerichtsgebühren als Teil der Prozeßkosten	184
δ) Der Staat als Träger von Prozeß- kosten	184
aa) Ersatz der Sachverständigen- kosten durch den Staat	185
bb) Übernahme der Prozeßkosten durch den Staat	185
bb 1) Kosten einer Grundsatz- revision	185
bb 2) Kosten fehlerhafter Ge- richtsentscheidungen	187
ε) Kostenaufteilung unter den Parteien Erweiterung des § 91 ZPO zu einer reinen Ermessensvorschrift	188
η) Sozialpolitische Postulate	192
aa) Änderung des Armenrechts	192
bb) Gebührenstaffelung	194
ι) Rechtsschutzversicherung	195
4. Schlußbemerkung	198

LITERATURVERZEICHNIS

(Die Abkürzungen entsprechen: Kirchner,
Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
2. Auflage, Berlin 1968.)

- | | |
|---|--|
| Arndt, Adolf | Die Gesetzlichkeit des Richters als Strukturprinzip der rechtssprechenden Gewalt, JZ 1956, S. 633. |
| Bachof, Otto | Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1956), S. 37 ff. |
| Bachof, Otto | Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 98 ff. |
| Bauer, Günter | Prozeßkostenrisiko, Grundgesetz und Rechtsschutzversicherung, VersR 1973, S. 110 ff. |
| Baumann, Jürgen | Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Auflage, München 1970. |
| Baumbach, Adolf -
Lauterbach, Wolfgang | Zivilprozeßordnung, 31. Auflage, München 1973. |
| Baur, Fritz | Anmerkung zu einem Urteil des BGH vom 3.10.1961, JZ 1962, S. 95 f. |
| Baur, Fritz | Armenrecht und Rechtsschutzversicherung, JZ 1972, S. 75 ff. |
| Baur, Fritz | Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153, S. 394 ff. |
| Baur, Fritz | Die dritte Instanz im künftigen Zivilprozeß, ZZP 71 (1958), S. 161 ff. |
| Bender, Rolf
(Hrsg.) | Tatsachenforschung in der Justiz, Reihe: Reform der Justizreform, Band 1, Tübingen 1972. |

- Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht, Berlin 1963.
- Bogs, Harald Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, Reihe: Rec publica, Band 15, Stuttgart 1966.
- Bokelmann, Erika Rechtswegsperre und Prozeßkosten, ZRP 1973, S. 164 ff.
- Borck, Hans-Günther Erstreckung der Klagebefugnis aus § 13 UWG auf Verbraucherverbände? WRP 1964, S. 217 ff.
- Borck, Hans-Günther Nochmals: Aktivlegitimation für Verbraucherverbände und Wettbewerbsarmenrecht, WRP 1964, S. 398 ff.
- Bötticher, Eduard Inwieweit sichern die Art. 101 ff der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg? ZRP 61, S. 201 ff.
- Brangsch, Heinz Anmerkung zum Beschluß des OLG München vom 15.7.1964, NJW 1964, S. 2260.
- Brangsch, Heinz Das Dilemma unseres Gebührenrechts, AnwBl. 1961, S. 77 ff.
- Bruns, Rudolf Zivilprozeßrecht, Berlin 1968.
- Buchholz Die Rechtsmittelbeschränkung in Wohnungssachen in Niedersachsen und Schleswig-Holstein, DVBl. 1952, S. 361 ff.
- Bull Der unbezifferte Klageantrag, JR 1958, S. 95 f.
- Dahrendorf, Ralf Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1965.
- Dahrendorf, Ralf Zur Soziologie der juristischen Berufe in Deutschland, AnwBl. 1964, S. 216 ff.
- Däubler, Wolfgang Bürger ohne Rechtsschutz? BB 1969, S. 545 ff.
- Demuth, Wilhelm Zum Thema "Nulltarif bei der Justiz", DRiZ 1972, S. 27 f.

- Dersch, Hermann - Volkmar Arbeitsgerichtsgesetz, 6. Auflage, Karlsruhe 1966.
- Donau, Helmut Zur Fassung des Schmerzensgeldantrags, NJW 1957, S. 130 f.
- Dreier, Ralf Sein und Sollen, Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Kelsens, JZ 1972, S. 392 ff.
- Dürig, Günther Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), S. 117 ff.
- Dütz, Wilhelm Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Bad Homburg v. d. H. 1970.
- Dunz, Walter Zur Praxis des unbezifferten Leistungsantrags, NJW 1957, S. 1661 ff.
- Eberl, Wolfgang Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung der Kostenerstattungsansprüche in Patentstreitsachen, NJW 1960, S. 1431 ff.
- Eckhoff Die Rolle des Vermittelnden, des Richtenden und des Anordnenden bei der Lösung von Konflikten, in: Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, herausgegeben von Hirsch und Rehbinder, Köln 1967, S. 243 ff.
- Ehrig, Hans-Georg Kostenerstattung - Erfolgsprämie oder Prozeßstrafe? ZRP 1971, S. 252 f.
- Ehrlich, Eugen Die Erforschung des lebenden Rechts, 1911, neu herausgegeben unter: Ehrlich, Recht und Leben, Berlin 1967.
- Endemann, Wilhelm Das deutsche Zivilprozeßrecht, Neudruck der Ausgabe 1868, Aalen 1969.
- Enneccerus, Ludwig - Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, Tübingen 1960.

- Erdsiek Beschränkung der Kritik auf dem Gebiet des Warentests durch hohe Streitwerte? NJW 1964, S. 912 f.
- Erman, Walter BGB Handkommentar, 5. Auflage, Münster 1972 (Bearbeiter in den Zitaten angeführt).
- Esser, Josef Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1970.
- Fechner, Erich Ideologie und Rechtspositivismus, in: Ideologie und Recht, Frankfurt 1969, S. 97 ff.
- Fechner, Erich Kostenrisiko und Rechtswegsperre - Steht der Rechtsweg offen? JZ 1969, S. 349 ff.
- Fechner, Erich Rechtsphilosophie, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 8. Band, Stuttgart 1964, S. 748 ff.
- Fechner, Erich -
Schneider, Peter Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, Tübingen 1960.
- Forsthoff, Ernst Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. 8 ff.
- Fuß, Ernst-Werner Gleichheitssatz und Richtermacht, Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 GG, JZ 1959, S. 329 ff.
- Gaul, Hans Friedhelm Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968), S. 27 ff.
- Goldschmidt, James Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925.
- Görres, Karl Heinrich Die Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden nach deutschem Prozeßrechte, ZZP 35 (1906), S. 311 ff.
- Habermas, Jürgen Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann, in: Habermas-Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, Frankfurt 1971.

- Hagen, Horst "Unrichtige Sachbehandlung" im Prozeß und Prozeßkostenrisiko, NJW 1970, S. 1017 ff.
- Hagen, Johann Die soziale Funktion des Prozesses, ZZP 84 (1971), S. 385 ff.
- Hagen, Johann Legitimation durch Verfahren, JuS 1972, S. 485 ff.
- Hahn, C. Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, Berlin 1881.
- Haller, Heinz Die Steuern, Grundlinien eines rationalen Systems der öffentlichen Abgaben, Tübingen 1964.
- Hamann, Andreas Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung, NJW 1955, S. 969 ff.
- Hamel, Walter Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957.
- Heidenhain, Martin Ausschluß aller Rechtswege durch Gesetz, DÖV 1969, S. 269 ff.
- Heimerich, Hermann Das überlebte Armenrecht, BB 1960, S. 1071 ff.
- Henckel, Wolfram Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.
- Herrmann, Arnd Probleme des Prozeßkostenrisikos unter besonderer Berücksichtigung des Armenrechts, Diss., Kiel 1973.
- Herzog, Roman Demokratie und Gleichheit heute, DVBl. 1970, S. 713 ff.
- Hesse, Konrad Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des GG, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962, S. 71 ff.
- Hiendl, Hans Der Justizbeamte als Armenvertreter nach § 116 ZPO, NJW 1960, S. 1749 f.
- Hopt, Klaus Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, Münchner Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 7, München 1968.

- Ihering, Rudolf von Geist des römischen Rechts,
III, Leipzig 1894.
- Jagusch, Heinrich Grundsatzrevision in Zivilsa-
chen? Ausweg oder Irrweg?
NJW 1963, S. 1 ff.
- Jauernig, Othmar Materielles Recht und Prozeß-
recht, JuS 1971, S. 329 ff.
- Jellinek, Georg System der subjektiven öffent-
lichen Rechte, 2. Auflage, 1919,
Neudruck: Aalen 1964.
- Joachim, Hans G. Der gesetzliche Richter,
DRiZ 1965, S. 181 ff.
- Kaupen, Wolfgang Bevölkerung und Rechtspflege
in der Bundesrepublik, AnwBl.
1971, S. 63 f.
- Kaupen, Wolfgang Die Hüter von Recht und Ordnung,
Neuwied 1969.
- Kaupen, Wolfgang -
Rasehorn, Theo Die Justiz zwischen Obrigkeits-
staat und Demokratie, Neuwied/
Rhein 1971.
- Kelsen, Hans Reine Rechtslehre, 2. Auflage,
Wien 1960.
- Kirch, Volker Das subjektive öffentliche Recht
auf Anrufung der staatlichen Ge-
richte, Dissertation, Würzburg
1967.
- Kirchmann, Julius von Die Wertlosigkeit der Jurispru-
denz als Wissenschaft, Vortrag,
1848, Neudruck: Darmstadt 1956.
- Klein, Hans Rechtsweg und Justizverweigerung,
JZ 1963, S. 591 ff.
- Koebel, Ulrich Billigkeitsansprüche aus Schadens-
zufügung, NJW 1957, S. 1009 ff.
- Koebel, Ulrich Zivilrichter und Armenrecht,
NJW 1964, S. 392 f.
- Koebel, Ulrich Zur Streitwertfestsetzung im Pro-
zeß gegen ein Presseorgan, NJW
1967, S. 535 ff.

- König, René Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 1, Stuttgart 1962.
- Kohler, Josef Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888.
- Kregel, Wilhelm Empfiehlt es sich, die Revision zu den oberen Bundesgerichten einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln? Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Band 2, Tübingen 1964, S. 5 ff.
- Krüger, Herbert Der Wesensgehalt der Grundrechte i.S. des Art. 19 GG, DÖV 1955, S. 597 ff.
- Lange, Heinrich BGB Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1973.
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, München 1972.
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin 1969.
- Lauterbach, Wolfgang Kostengesetze, 16. Auflage, München 1971.
- Leibholz, Gerhard Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Auflage, München 1959.
- Leibholz, Gerhard Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Auflage, Karlsruhe 1967.
- Leibholz / Rinck GG, 4. Auflage, Köln 1971.
- Leisner, Walter Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, in: Recht und Staat, Heft 286 / 287.
- Lerche, Peter Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961.
- Lerche, Peter Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZZP 78 (1965), S. 1 ff.

- Luhmann, Niklas Legitimation durch Verfahren, Neuwied am Rhein 1969.
- Maunz, Theodor -
Dürig, Günter -
Herzog, Roman Grundgesetz, Lieferung 13, München 1973.
- Menger, Christian-Friedrich Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, in: Recht und Staat, Heft 173.
- Menger, Christian-Friedrich Rechtsstaat, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 8. Band, Stuttgart 1964, S. 768 ff.
- Meyer, Hermann Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits, ZZP 7 (1884), S. 281 ff.
- Michel, Helmut Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, S. 274 ff.
- Möhring, Philipp Vorschläge zur Reform des Revisionsrechts, NJW 1962, S. 1 ff.
- Nikisch, Arthur Zivilprozeßordnung, 2. Auflage, Tübingen 1952.
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 33. Auflage, München 1974 (Bearbeiter in den Zitaten angeführt).
- Pastor, Wilhelm L. Der Gesetzentwurf zur Einführung eines Wettbewerbsarmenrechts, WRP 1964, S. 182 ff.
- Paulus, Gotthard Die Beschränkungen der Revisionszulässigkeit, ZZP 71 (1958), S. 188 ff.
- Pawlowski, Hans-Martin Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80 (1967), S. 345 ff.
- Pawlowski, Hans-Martin Die Problematik des unbezifferten Klageantrages, NJW 1961, S. 341 ff.
- Peters, Karl Strafprozeß, 2. Auflage, Karlsruhe 1966.
- Philipps, Bernard Empirische Sozialforschung - Strategie und Taktik, Wien 1970.

- Pieper, Helmut Richter und Sachverständige im Zivilprozeß, ZZP 84 (1971), S. 1 ff.
- Pohle, Rudolf Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Band 1, S. 7 ff, Hannover 1967.
- Püschel, Heinz Konzeptionelle Fragen des Entwurfs eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Zivil-, Familien- und Arbeitsrechtssachen, NJ 1970, S. 163 ff.
- Raiser, Thomas Einführung in die Rechtssoziologie, Sonderheft 9 der Juristischen Arbeitsblätter, Berlin 1972.
- Raiser, Thomas Was nützt die Soziologie dem Recht? JZ 1970, S. 665 ff.
- Redeker, Konrad Bürger und Anwalt im Spannungsfeld von Sozialstaat und Rechtsstaat, NJW 1973, S. 1153 ff.
- Redeker, Konrad Empfiehlt es sich, die Revision zu den oberen Bundesgerichten einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln? Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Band 2, Tübingen 1964, S. 29 ff.
- Reinhardt, Rudolf - Scheuner, Ulrich Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954.
- Renaud, Achilles Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Leipzig 1873.
- Reuß, Hermann Zur Neuordnung des Revisionsrechts, insbesondere im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 1959, S. 10 ff.
- Richter, Walther Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung, Berlin 1973.
- Rimmelspacher, Bruno Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, Göttingen 1966.
- Röhl, Klaus F. Der unbezifferte Klagantrag, ZZP 85 (1972), S. 52 ff.

- Röhl, Klaus F. Zur Reform des Armenrechts, ZRP 1970, S. 274 f.
- Röhl, Hellmut Die relative Streitwertfestsetzung in Patentstreitsachen, BB 1960, S. 270 ff.
- Rogge, Dirk Itel Verbraucherklage und Streitwertherabsetzung im gewerblichen Rechtsschutz, WRP 1964, S. 336 ff.
- Rosenberg, Leo -
Schwab, Karl Heinz Zivilprozeßrecht, 10. Auflage, München 1969.
- Sauer, Gisbert Postulationsfähigkeit und Grundgesetz, DRiZ 1970, S. 293 ff.
- Sauer, Wilhelm Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin 1951.
- Scheuner, Ulrich Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DÖV 1971, S. 505 ff.
- Scheuner, Ulrich Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, Band 2, S. 229 ff.
- Schmidt, Eike Der Arme und sein Recht, JZ 1972, S. 679 ff.
- Schneider, Egon in: Wellmann, Der Sachverständige in der Praxis, 2. Auflage, Düsseldorf 1968.
- Schneider, Egon Kostenentscheidung und Streitwert im Zivilprozeß, JurA 1971, Heft 1, S. 57 ff.
- Schneider, Egon Wirtschaftliche Tendenzen in der Rechtsprechung des BGH zur Streitwertbemessung, MDR 1970, S. 107 f.
- Schrader, Achim Einführung in die empirische Sozialforschung, Reihe: Kohlhammer, Stuttgart 1971.
- Seetzen, Uwe Prozeßkosten und sozialer Rechtsstaat, ZRP 1971, S. 35 ff.
- Sieg, Karl Moderne Aspekte der Rechtsschutzversicherung, BB 1972, S. 1377 ff.

- Soergel - Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, Stuttgart (Bearbeiter in den Zitaten angeführt).
- Speckmann, Werner Ersatz außergerichtlicher Prozeßkosten? ZRP 1971, S. 71.
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, Berlin (Bearbeiter in den Zitaten angeführt).
- Stein - Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Auflage, Tübingen 1972 (Bearbeiter in den Zitaten angeführt).
- Stötter, Viktor Lange Prozeßdauer und ihre Ursachen, NJW 1968, S. 521 ff.
- Summum ius,
summa iniuria Ringvorlesung, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 9, Tübingen 1963.
- Tetzner, Heinrich Das Gesetz zur Änderung des UWG, des WZG und des GebrMG vom 21.7. 1965, NJW 1965, S. 1944 ff.
- Trappe, Paul Zur Situation der Rechtssoziologie, in: Recht und Staat, Heft 369, Tübingen 1968.
- Tribian, Gotthelf Die Verlagerung der Entscheidung aus dem Prozeß ins Armenrechtsprüfungsverfahren, DRiZ 1962, S. 416 f.
- Ule, Carl Hermann Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15, S. 133 ff.
- Vollkommer, Max Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt vom 28.4.1970, Rpfleger 1970, S. 354 f.
- Waldner, Viktor Die Lehre von den Prozeßkosten, Wien 1883.
- Weber, Werner Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat 4 (1965), S. 409 ff.
- Wetzell, Georg Wilhelm System des ordentlichen Zivilprozesses, Neudruck der 3. Auflage von 1878, Aalen 1969.

- Werthauer, Kurt Die relative Streitwertfestsetzung in Patentstreitsachen, BB 1960, S. 349 f.
- Willms Nochmals: Die Festsetzung des Streitwerts bei unbezifferten Leistungsklagen, JZ 1952, S. 618 ff.
- Windscheid, Bernhard - Kipp Lehrbuch des Pandektenrechts, I, 9. Auflage, Frankfurt 1906.
- Wolf, Ernst Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Köln 1973.
- Zacher, Hans F. Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl. 1969, S. 113 ff.
- Zacher, Hans F. Soziale Gleichheit, AÖR 93 (1968), S. 341 ff.
- Zeiss, Walter Zivilprozeßrecht, Tübingen 1971.
- Zippelius, Reinhold Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, München 1971.
- Zippelius, Reinhold Einführung in die juristische Methodenlehre, München 1971.
- Zippelius, Reinhold Legitimation durch Verfahren, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973.
- Zippelius, Reinhold Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfreiheit, JZ 1970, S. 241 ff.
- Zöllner, Richard Zivilprozeßordnung, 10. Auflage, München 1968 (Bearbeiter in den Zitaten angeführt).

Beiträge ohne Angabe eines Verfassers:

Amtliche Begründung zu den Gesetzen über den gewerblichen Rechtsschutz vom 5. Mai 1936, Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen 1936, S. 103 ff.

Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, Bonn 1961.

BRD - DDR, Systemvergleich 2: Recht, herausgegeben vom Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen, Kassel 1972.

Die Zivilprozeßordnung der RSFSR, Berichte des Osteuropa Instituts an der FU Berlin, Heft 70, Berlin 1965.

Recht, Information des Bundesministers der Justiz, 28. Februar 1974.

Stellungnahme des Gebührenrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins, Zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Warenzeichengesetzes und des Gebrauchs-mustergesetzes, AnwBl. 1964, S. 168 ff.

Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen: Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, München 1948.

Vorschläge des Gebührenausschusses des Deutschen Anwaltvereins, Zur Novellierung des Armenrechts, AnwBl. 1971, S. 78 ff.

Einleitung

Zur Einführung in die Thematik sei der Beschluß des OLG Celle vom 9.6.1964 ¹ vorausgeschickt. Ihm lag der bekannte Streit zwischen VW-Werk und der Waren-testzeitschrift DM zugrunde:

Das Testmagazin DM hatte im Jahre 1964 verschiedene Personenkraftwagen der unteren Mittelklasse getestet und das Ergebnis veröffentlicht. Darin war der VW 1500 als "nicht empfehlenswert" bezeichnet. Im Verfahren der einstweiligen Verfügung, gerichtet auf Unterlassung und Widerruf dieser Beurteilung, hatte das AG den Streitwert auf zwei Millionen festgesetzt. Im Streitwertbeschwerdeverfahren hatte das LG ihn auf 500.000 DM reduziert. Auf weitere Beschwerde des VW-Werkes erhöhte ihn das OLG Celle im oben zitierten Beschluß wieder auf zwei Millionen DM.

Zur Begründung ist im einzelnen ausgeführt: Nach §§ 10 GKG, 3 ZPO werde der Streitwert nach freiem Ermessen des Gerichts festgesetzt. Maßgeblich sei dabei das Interesse der Antragstellerin (VW-Werk) an dem erstrebten Unterlassungs- und Widerrufsgebot. Dann folgen die entscheidenden Sätze: "Es trifft ... zu, daß die Höhe des Streitwerts wegen der entstehenden Prozeßkosten die Kritik an einem überragend großen Unternehmen zu einem die wirtschaftlichen Kräfte des Kritikers übersteigenden Risiko machen und dadurch auch eine berechtigte Kritik u.U. praktisch unmöglich machen kann. Diese Folge ist aber in der gesetzlichen Regelung begründet. Es steht nicht in der Macht des Gerichts, aus Rücksicht auf eine wirtschaftlich schwache Partei den Wert des Rechtsstreits niedriger festzusetzen, als er wirklich ist."

1. NJW 1964, 1527.

Auf den ersten Blick scheinen Ergebnis und Begründung einzuleuchten. Letztlich kann aber der bloße Hinweis auf das Kostenrecht nicht befriedigen. Man vermißt zumindest Überlegungen zur Verfassungsmäßigkeit eines Kostenrechts, das - wenigstens faktisch - den gerichtlichen Rechtsschutz einschränkt.

Der Beschluß wirft damit im Endergebnis mehr Fragen auf, als er beantwortet. Er gibt Anlaß zu einer vertiefenden Betrachtung des Prozeßkostenrechts.

Dürfen die Kosten wirklich so hoch sein, daß sie auch eine berechnete Kritik praktisch unmöglich machen können? Darf also - mit anderen Worten - das Kostenrisiko zu einer Rechtswegsperre führen, oder ist dieses Ergebnis unvereinbar mit dem Grundgesetz? Gewährleistet nicht das Grundgesetz einen offenstehenden Rechtsweg? Welche Bedeutung hat in diesem Zusammenhang das Sozialstaatsprinzip? usw.

Der Beantwortung dieser Fragen dient die vorliegende Untersuchung. Es handelt sich dabei um eine kritische Analyse der Gründe und Folgen des Prozeßkostenrechts und ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz. Damit ist zugleich der Weg der Erörterung vorgezeichnet:

Im ersten Kapitel werden das Kostenrecht und seine Folgen in den Grundzügen dargestellt. Daran schließt sich eine Überprüfung des Kostenrechts auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz an (Kapitel 2). Schließlich soll eine Lösung des Konflikts aufgezeigt werden, wobei von der Rechtsschutzaufgabe des Staates, dem Zweck des Prozesses und dem Wesen und der Legitimation des Kostenrechts auszugehen ist (Kapitel 3).

Die Untersuchung beschränkt sich auf das Kostenrecht im Zivilprozeß. Der Strafprozeß wurde aus grundsätzlichen Erwägungen ausgespart; denn Straf- und Zivilprozeß unterscheiden sich in der Interessenlage und in den Prozeßmaximen. Dient der Strafprozeß ausschließlich der "Verwirklichung der Strafandrohungen und Besserungs- und Sicherungsanordnungen des materiellen Strafrechts ²", also der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, so kommt der Zivilprozeß in erster Linie den Prozeßparteien zugute. Gelten im Zivilprozeß grundsätzlich die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime ³, so wird der Strafprozeß vom Untersuchungsgrundsatz ⁴ und vom Legalitätsprinzip ⁵ beherrscht. Beide Prozeßarten sind damit auch im Kostenpunkt nicht ohne weiteres vergleichbar. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren, das eher dem Zivilprozeß ähnelt, wurde dagegen aus Vereinfachungsgründen nicht berücksichtigt. Ob die kostenrechtlichen Überlegungen zum Zivilprozeß in vollem Umfang, nur mit Modifikationen oder überhaupt nicht auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren übertragen werden können, kann nur eine gesonderte Untersuchung zeigen.

2. Peters, Strafprozeß, 2. Auflage, 1966, § 3, II, 1.

3. Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Auflage, Vorb. VII, 1 vor § 128 (Verhandlungsgrundsatz) und Vorb. VI, 1 vor § 128 (Dispositionsgrundsatz); Blomeyer, Zivilprozeßrecht, 1963, § 13 und § 14, II; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Auflage, § 78, II und § 79.

4. Vgl. § 244 Abs. 2 StPO: Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

5. Vgl. § 152 Abs. 2 StPO: Sie (sc. die Staatsanwaltschaft) ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

1. Kapitel

Das Kostenrisiko

Ausgangspunkt aller Überlegungen zum Thema: Kostenrisiko und Grundgesetz muß das geltende Prozeßkostenrecht sein. Freilich darf dabei das Augenmerk nicht nur auf die gesetzlichen Grundlagen gerichtet werden. Zu berücksichtigen sind auch seine konkreten Auswirkungen im Prozeß. Ein Rechtsinstitut kann nämlich nur dann sinnvoll auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz überprüft werden, wenn rechtliche Ausgestaltung und Folgen bekannt sind. Ist doch eine Norm, die in ihrem Wortlaut an und für sich verfassungskonform ist, trotzdem verfassungswidrig, falls ihre Konsequenzen mit der Verfassung kollidieren⁶. Eine nur dogmatische Betrachtungsweise ginge schließlich an der sozialen Wirklichkeit vorbei. Umgekehrt würde aber auch die isolierte Berücksichtigung der Folgen einer Norm ohne dogmatische Absicherung Gefahren bergen, führte sie über kurz oder lang doch zur reinen Interessenjurisprudenz mit all ihren Folgen, wie Rechtsunsicherheit, Rechtsunklarheit, ja Willkür.

6. Vgl. BVerfGE 8, 51 (Leitsatz 2).

I. Die Kostenregelung in ZPO und GKG

Das Prozeßkostenrecht gehört zu den kompliziertesten Materien unserer Rechtsordnung. Es zeichnet sich nicht gerade durch Folgerichtigkeit und inhaltliche Klarheit aus ⁷. Hinzukommt, daß es nicht einheitlich in einem einzigen Gesetz geregelt ist. Vielmehr ergeben sich die Kosten im Einzelfall aus der Zusammenschau einer Fülle von Gesetzen. Zu erwähnen sind die ZPO, das GKG, die BRAGebO, das Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen, das Gerichtsvollziehergesetz. Es kann in diesem Zusammenhang jedoch darauf verzichtet werden, das Kostenrecht in allen Einzelheiten darzulegen. Stattdessen sollen nur seine Grundentscheidungen und Leitlinien aufgezeigt werden. Zum Verständnis des Kostenrechts müssen drei Problemkreise auseinandergehalten werden:

Problemkreis 1: Welche Kosten fallen in einem Prozeß an? Die Prozeßkosten gliedern sich in Gerichtskosten und außergerichtliche Kosten.

Bei den Gerichtskosten ist zu unterscheiden zwischen den Gerichtsgebühren (§§ 10 - 66 GKG) und den Auslagen des Gerichts (§§ 91 - 94 GKG) für Schreibarbeiten, Zeugen, Sachverständige usw. Zu den außergerichtlichen Kosten zählen die Anwaltskosten (Gebühren und Auslagen nach der BRAGebO), Rechtsbeistandskosten (Art IX § 1 KostÄndG), Gerichtsvollzieherkosten (GVKostG), Reisekosten der Parteien und Entschädigung für ihre Zeitversäumnis.

7. Vgl. Schneider, Jura 1971, Heft 1, 57 (62), der das Kostenrecht als eine Art Geheimwissenschaft bezeichnet.

Problemkreis 2: Wer hat die Kosten zu tragen?

Zu trennen ist die bloß vorläufige von der endgültigen Kostenpflicht, auch Kostengrund⁸ genannt.

Problemkreis 3: Wie hoch sind die Kosten im Einzelfall (Kostenhöhe)⁹?

Im folgenden soll auf Kostengrund und Kostenhöhe näher eingegangen werden.

1. Kostengrund und Kostenhöhe

a) Kostengrund

α) Grundsatz der §§ 91, 92 ZPO und 99 Ziffer 1 GKG

Hängt die vorläufige Kostenpflicht von der Initiative einer Prozeßpartei ab (der Kläger muß z.B. gemäß §§ 95, 111 GKG einen Prozeßkostenvorschuß zahlen; wer einen Zeugen- oder Sachverständigenbeweis angetreten ist, hat nach § 114 GKG ebenfalls Vorschuß zu leisten), so ist die endgültige Kostenpflicht eine Folge des Ausgangs eines Prozesses: Wer ganz oder teilweise unterliegt, hat auch insoweit die Kosten zu tragen, ohne daß es auf ein wie auch immer geartetes Verschulden ankäme¹⁰. Für den prozessualen Kostenerstattungsanspruch, d.h. den Anspruch einer Partei gegen die andere, die ihr entstandenen Prozeßkosten¹¹ zu ersetzen, ergibt sich das aus den §§ 91 ff ZPO; für die Kostenschuld, d.h. die öffentlichrechtliche Pflicht gegenüber

8. Näheres zum Kostengrund unter 1, a.

9. Näheres zur Kostenhöhe unter 1, b.

10. Auf ein Verschulden wird nur bei §§ 95, 97 Abs. 2 ZPO abgestellt.

11. Der Umfang der erstattungsfähigen Kosten ergibt sich aus § 91 ZPO.

dem Staat, die Gerichtskosten zu entrichten, aus § 99 Ziffer 1 GKG in Verbindung mit den §§ 91 ff ZPO ¹².

β) Einheitliche Kostenentscheidung

Die Kosten fallen für das Verfahren im ganzen an. Grundsätzlich ¹³ werden sie nicht nach einzelnen Prozeßhandlungen oder -abschnitten wie Armenrechtsverfahren, Mahnverfahren, Sühneversuch, Widerklage usw. aufgespalten. Entsprechendes gilt für den Instanzenzug. Maßgeblich ist allein das Ergebnis der letzten Instanz. Eine Partei, die beispielsweise in der Revision unterlegen ist, hat die Kosten der Vorinstanzen auch dann zu tragen, wenn sie in diesen gesiegt hat. Die Gründe für die abweichenden Entscheidungen der Vorinstanzen sind irrelevant. Mögen sich die Vorderrichter geirrt haben, mögen sie sogar grob fahrlässig gehandelt haben, mag der Gegner das falsche Urteil durch Beweisfähigkeit verschuldet ¹⁴ haben, oder mögen andere Faktoren ursächlich gewesen sein: Der zuletzt Unterliegende hat auf jeden Fall die Kosten aller Instanzen zu tragen. Dies soll nach Ansicht des BGH ¹⁵ selbst dann gelten, wenn sich die Rechtslage vor der Revision durch eine Gesetzesänderung verschoben hat und das Unterliegen in der Revisionsinstanz nur darauf zurückzuführen ist.

12. Der Kläger bleibt aber weiterhin verpflichtet (§ 95 Abs. 1 GKG). Doch soll er gemäß § 103 Abs. 2 GKG nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Kosten anderweitig uneinbringlich sind.

13. Ausnahmen enthalten die §§ 94 - 97, 100 Abs. 3, 101, 238 Abs. 3, 276 Abs. 3, 278 Abs. 2, 344 ZPO.

14. Die Ausnahme des § 97 Abs. 2 spielt in der Praxis nur eine unbedeutende Rolle.

15. BGHZ 37, 233 (Leitsatz 7).

Zwar hat das RG ¹⁶ die Auffassung vertreten, die Kosten seien bei einer Gesetzesänderung aufzuteilen. Doch handelte es sich dabei um den Sonderfall, daß der Revisionskläger von der Weiterverfolgung seines Antrags in der Revision Abstand nahm. Dann liegt aber, worauf der BGH ¹⁷ zutreffend hinweist, eine dem § 93 ZPO vergleichbare Sachlage vor, die eine andere Beurteilung zuläßt.

b) Kostenhöhe

Wichtigste Indikatoren der Kostenhöhe sind Streitwert und Ablauf des Verfahrens.

α) Streitwert

Gerichts- und Anwaltsgebühren, die in der Regel bedeutendsten Prozeßkosten, hängen vom Gebührenstreitwert (§ 10 GKG) bzw. vom Gegenstandswert ab. Die tatsächliche Höhe der Gebühren bestimmt sich nach den Tabellen, die den §§ 10 Abs. 2 GKG und 11 Abs. 1 BRAGebO als Anlagen beigelegt sind ¹⁸. Für die Berechnung des Gebührenstreitwerts bzw. des Gegenstandswerts gelten die Vorschriften zur Berechnung des Zuständigkeitsstreitwerts (§§ 3 - 9 ZPO) zum großen Teil entsprechend (§ 11 Abs. 1 GKG, § 8 BRAGebO) ¹⁹.

16. RGZ 101, 162 ff.

17. Oben N. 15, Seite 246.

18. In der Berufungs- und Revisionsinstanz erhöhen sich diese Gebühren (§ 34 GKG, § 11 Abs. 1 Satz 2 BRAGebO).

19. Ausnahmen enthalten die §§ 12 ff GKG.

aa) Feststehender Streitwert

Der Streitwert steht nicht nur dann fest, wenn sich seine Höhe aus dem Klageantrag ergibt. Er steht auch fest, wenn die §§ 5 - 9 ZPO einschlägig sind, d.h. z.B. bei der Klage auf Herausgabe oder Übereignung einer Sache (§ 6 ZPO), bei der Klage aus einer Hypothek (§ 6 ZPO) oder einer Grunddienstbarkeit (§ 7 ZPO), bei Mietstreitigkeiten (§ 8 ZPO) usw.

Interessant ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des OLG Frankfurt ²⁰:

Der Kläger verlangte vom Beklagten Auflassung eines Grundstücks. Der Beklagte erkannte im Prinzip den Anspruch an, machte die Auflassung aber von der Zahlung einer geringfügigen Gegenforderung abhängig. Diese Gegenforderung war streitig.

Das OLG Frankfurt vertrat die Ansicht, der Streitwert richte sich gemäß § 6 ZPO nach dem Verkehrswert des Grundstücks. Auch wenn die Auflassung "an sich" unstreitig sei, der eigentliche Streit also um eine geringfügige Gegenforderung gehe und sich das aus der Klageschrift ergebe, richte sich der Streitwert auf Grund der zwingenden Norm des § 6 ZPO nach dem Grundstückswert ²¹.

20. Rpfleger 1970, 354 f.

21. A.A. freilich OLG Celle, DR 1940, 1436;
 OLG Neustadt, Rpfleger 1963, 66.
 Kritisch zum Beschluß des OLG Frankfurt
 (oben N. 20) äußert sich auch Vollkommer,
 Rpfleger 1970, 354 f.

bb) Schätzung des Streitwerts durch das Gericht

In allen übrigen Fällen wird der Streitwert für die Berechnung der Gebühren vom Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt (§ 3 ZPO). Bei nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten beläuft sich der Streitwert im Normalfall allerdings auf 3.000 DM (§ 14 GKG).

Bei der Schätzung gemäß § 3 ZPO ist nach ständiger Rechtsprechung²² und herrschender Meinung²³ das wirtschaftliche Interesse des Klägers am Streitgegenstand zu berücksichtigen. In Sonderrechtsgebieten sollen zum Teil andere Grundsätze gelten:

So wurde bei der Klage eines Verbraucherverbandes zur Bekämpfung eines Wettbewerbsverstoßes nach § 13 UWG das Interesse der Allgemeinheit²⁴ für maßgeblich erachtet²⁵. In einer Baulandstreitigkeit schließlich hat der BGH²⁶ den Streitwert auf 20 % des Werts, den die Grundstücke der Antragsteller haben, festgesetzt. Wirtschaftliche Verhältnisse der Parteien sollen dagegen nach fast einhelliger Ansicht²⁷ keinen Einfluß auf die Schätzung haben. Eine Ausnahme macht - soweit ersichtlich - nur das OLG Düsseldorf in seinem Beschluß vom 2.2.1966²⁸. Nach seiner Meinung darf der

22. Z.B. OLG Celle, NJW 1964, 1527.

23. Baumbach-Lauterbach, ZPO, 31. Auflage, Anm. 2 zu § 3 ZPO;

Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Auflage, Anm. III, 1, a zu § 3.

24. BGH, BB 1967, 1220.

25. A.A. freilich OLG Karlsruhe, BB 1968, 641.

Es will den Streitwert nach der Summe der Interessen der Mitglieder des Verbands bestimmen.

26. BGHZ 49, 317.

27. Z.B. OLG Celle, NJW 1964, 1527;

BGH, BB 1967, 1220.

Kritisch dazu Schneider, Wirtschaftliche Tendenzen in der Rechtsprechung des BGH zur Streitwertbemessung, MDR 1970, 107 f.

28. NJW 1966, 987 f.

Streitwert nicht so hoch angesetzt werden, daß er zu einem übersteigerten Kostenrisiko führt: "Der Verband muß in der Lage sein, gegen jeden Wettbewerbsverstoß vorzugehen, ohne befürchten zu müssen, im Falle des Unterliegens finanziell ruiniert zu werden."

β) Abhängigkeit vom Ablauf des Verfahrens

Neben dem Streitwert hat der Verfahrensablauf Einfluß auf die Höhe der Prozeßkosten. Verfahrensablauf ist dabei nicht in einem engen Sinn zu verstehen. Er umfaßt auch die Art des Abschlusses und den Instanzenzug.

Beim normalen erstinstanzlichen Verfahren, das mit einem streitigen Urteil endet, fallen zwei Gerichtsgebühren (Prozeß- und Urteilsgebühr) und je Anwalt zwei Anwaltsgebühren (Prozeß- und Verhandlungsgebühr) an (§§ 25 GKG, 31 BRAGebO). Hat eine Beweisaufnahme stattgefunden, kommt je eine Gebühr (Beweisgebühr) hinzu (§§ 25 GKG, 31 BRAGebO)²⁹. Bei einem erstinstanzlichen Versäumnisurteil entfällt eine Gerichtsgebühr (Urteilsgebühr). Die Verhandlungsgebühr des Rechtsanwalts verringert sich auf die Hälfte (§§ 25 Abs. 1 Ziffer 3 GKG, 33 Abs. 1 BRAGebO). Wurde ein gerichtlicher Vergleich geschlossen, sind die §§ 29, 44 GKG, 23 BRAGebO zu berücksichtigen: Eine bereits entstandene gerichtliche Beweisgebühr wird nicht berechnet (§ 29 GKG). Übersteigt der Wert des Vergleichsgegenstandes den Wert des Streitgegenstandes, so wird insoweit ein Viertel der vollen Gebühr erhoben (§ 44 GKG). Der Rechtsanwalt erhält schließlich für die Mitwirkung beim Abschluß des Vergleichs eine Vergleichsgebühr (§ 23 BRAGebO).

29. Auslagen für Zeugen und Sachverständige bleiben davon unberührt.

Diese Gebühren werden für jede Instanz gesondert berechnet (§§ 31 Abs. 1 GKG, 13 Abs. 2 Satz 2 BRAGEbO). Wird also z.B. gegen das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Berufung, gegen das daraufhin ergehende Urteil des OLG Revision eingelegt und verweist das Revisionsgericht die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück, so werden die Gebühren aller vier "Instanzen" addiert.

2. Das Armenrecht

Das sogenannte Armenrecht bildet den sozialen Bestandteil des Kostenrechts. Es soll verhindern, daß jemand nur deshalb nicht zu seinem Recht kommt, weil er die Prozeßkosten und die Kostenvorschüsse nicht zu entrichten vermag. Voraussetzungen, Bewilligungsverfahren und Rechtsfolgen haben in den §§ 114 ff ZPO eine eingehende und abschließende Regelung erfahren ³⁰. Die Bewilligung erfolgt unter zwei Voraussetzungen:

Die Partei muß außerstande sein, ohne Gefährdung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts die Prozeßkosten zu bestreiten; ihre Rechtsverfolgung oder -verteidigung muß außerdem hinreichende Aussicht auf Erfolg bieten und darf nicht mutwillig erscheinen ³¹.

30. § 11 a ArbGG trifft der Sache nach eine entsprechende Regelung.

31. Wieviele Prozesse im Armenrechtsverfahren geführt werden, konnte leider nicht exakt ermittelt werden. Röhl, ZRP 1970, 274 beziffert sie auf etwa 20 % aller Zivilprozesse ohne Ehescheidungs-sachen. In Ehescheidungsprozessen soll der Prozentsatz der Armenrechtsbewilligungen etwas höher liegen. Auch Heimerich, BB 1960, 1071 (1072) kommt zu dem Ergebnis, daß etwa 20 % aller Prozesse im Armenrecht geführt werden.

Wurde einer Partei Armenrecht gewährt, ist sie von der Zahlung der Gerichtskosten ³² einstweilen befreit. In Prozessen mit Anwaltszwang wird ihr unentgeltlich ein Anwalt beigeordnet, in anderen Prozessen jedoch nur, wenn "die Vertretung durch einen Anwalt erforderlich erscheint (§ 116 Abs. 1 ZPO)" ³³. Verneint das Gericht die Erforderlichkeit, ist der Partei auf Antrag ein Referendar oder Justizbeamter zur Verfügung zu stellen (§ 116 Abs. 2 ZPO) ³⁴. Die arme Partei bleibt aber im Falle eines Prozeßverlustes zur Erstattung der gegnerischen Prozeßkosten verpflichtet. Ausländer können Armenrecht nur erlangen, wenn die Gegenseitigkeit verbürgt ist (§ 114 Abs. 2 Satz 1 ZPO) ³⁵; juristische Personen, wenn die Rechtsverfolgung oder -verteidigung im Interesse der Allgemeinheit liegt (§ 114 Abs. 4 ZPO). Ob Staatenlosen schließlich Armenrecht gewährt wird, liegt im Ermessen des Gerichts (§ 114 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

32. Gerichtsgebühren und Auslagen.

Damit entfällt auch eine Vorschußpflicht, z.B. nach § 379 ZPO.

33. Das LG Altona (JW 36, 3346) war der Auffassung, das Gericht müsse der armen Partei einen Anwalt beordnen, falls diese es wünsche.

34. Hiendl, NJW 1960, 1749 (1750) hält es für unvereinbar mit Art. 3 GG, dem Armen einen Nichtanwalt als Vertreter beizuordnen. Nur der Anwalt sei nämlich gemäß § 3 Abs. 1 BRAO berufen, vor Gericht Parteien zu vertreten.

35. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 77 zu Art. 103 halten § 114 Abs. 2 Satz 1 ZPO für unvereinbar mit Art. 103 Abs. 1 GG (Anspruch auf rechtliches Gehör), der nicht auf die deutsche Staatsangehörigkeit abstelle. Art. 103 Abs. 1 GG regelt aber wohl nicht die Frage, wieweit jemand seine Rechte vor Gericht in einem Verfahren angriffs- oder verteidigungshalber geltend machen kann (Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Auflage, Vorb. IX, 2, a vor § 128).

3. Besonderheiten im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren

Im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren herrschen zum Teil andere kostenrechtliche Maximen:

Das Verfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit ist kostenfrei (§ 183 SGG). Lediglich die Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts haben eine Gebühr zu entrichten (§ 184 SGG). Ob und in welchem Umfang die Beteiligten einander entstandene Kosten (z.B. Rechtsanwaltsgebühren) zu erstatten haben, hängt endlich nicht automatisch von Sieg oder Niederlage im Prozeß ab. Vielmehr hat das Gericht darüber in jedem Urteil nach freiem Ermessen zu entscheiden (§ 193 SGG).

Der Grund für diese kostenrechtlichen Besonderheiten ist darin zu finden, daß sich im sozialgerichtlichen Verfahren regelmäßig zwei ungleiche Konkurrenten gegenüberstehen. Da die Sozialgerichte im wesentlichen in Angelegenheiten der Sozialversicherung und der Arbeitslosenversicherung entscheiden (§ 51 SGG), steht auf der einen Seite eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts, auf der anderen eine wirtschaftlich meist schwache Partei.

Das arbeitsgerichtliche Verfahren gleicht dagegen im Kostenpunkt eher dem ordentlichen Zivilprozeß. Es sei aber auf folgende Besonderheiten hingewiesen: In einigen wenigen Fällen (z.B. bei einem Streit über Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes oder über die Tariffähigkeit einer Vereinigung) werden keine Gerichtskosten oder Auslagen erhoben (§ 12 Abs. 5 ArbGG). Begründet wird diese Freistellung von Gerichtskosten mit dem besonderen Charakter dieser Streitigkeiten.

In den Fällen des § 12 Abs. 5 ArbGG handle es sich nämlich um eine Art arbeitsrechtliche freiwillige Gerichtsbarkeit³⁶. Im übrigen gelten für die Gerichtsgebühren niedrigere Sätze (§ 12 Abs. 1 ArbGG). Vorschüsse brauchen niemals geleistet zu werden (§ 12 Abs. 4 Satz 2 ArbGG)³⁷.

II. Folgen der Prozeßkostenregelung

Wer die Folgen des Kostenrechts analysieren will, muß sich zuerst darüber im klaren sein, unter welchem Aspekt er das Kostenrecht betrachten will. Zumindest gedanklich kann zwischen einer sachlichen, persönlichen und zeitlichen Betrachtungsweise unterschieden werden. Im ersten Fall ist das Kostenrecht zum Streitgegenstand in Beziehung zu setzen. Man wird sich fragen müssen, ob das Kostenrisiko zum Gegenstand des Verfahrens in einem ausgewogenen Verhältnis steht und ob nicht das drohende Kostenrisiko zu einer faktischen Rechtswegsperre führen kann. Bei der persönlichen Betrachtungsweise wird auf die Personen des Prozesses abgestellt. Dann heißt die Fragestellung: Nimmt das Kostenrecht in ausreichendem Maße Rücksicht auf die verschiedenen Situationen der Rechtssuchenden, oder führt es zu einer Benachteiligung wirtschaftlich schwacher Parteien? Ist der Rechtsweg in jedem Fall eröffnet, oder wird er durch das Kostenrisiko in manchen Fällen versperrt?

36. Dersch-Volkmar, Arbeitsgerichtsgesetz, 6. Auflage, 1965, Rdnr. 10 zu § 12.

37. Ob die kostenrechtlichen Besonderheiten in der Arbeits- und insbesondere der Sozialgerichtsbarkeit Regelungsbilder für eine Änderung des derzeitigen Kostenrechts sein könnten, soll später erörtert werden.

Endlich spielt das zeitliche Moment eine Rolle:
Vor Beginn eines Prozesses übt das Kostenrecht als
Kostenrisiko Einfluß auf die Entscheidung aus, ob
überhaupt gerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch ge-
nommen werden soll. Im bzw. nach dem Prozeß schlägt
sich das Kostenrecht dagegen als Kostenbelastung nie-
der.

Im folgenden wird diese Unterscheidung zwar nicht
streng begrifflich beibehalten. Die daraus resultie-
renden Fragestellungen kehren aber alle wieder.

1. Unausgewogenes Verhältnis zwischen Kostenrisiko und Interesse der Parteien an einer gerichtlichen Entscheidung

Es ist nur dann wirtschaftlich sinnvoll, zur Feststel-
lung und Durchsetzung von vermeintlichen Rechtspositio-
nen die Hilfe eines Gerichts in Anspruch zu nehmen,
wenn die Kosten, mit denen im Falle eines Prozeßver-
lustes zu rechnen ist, verhältnismäßig sind ³⁸. "Tod-
sichere" Prozesse sind eben selten. Wie oft nimmt näm-
lich ein Prozeß durch Zeugenaussagen oder Gutachten
eine andere Wende, als es sich der Kläger ausgerechnet
hat.

Die Kostenbelastung steht aber oft in einem geradezu
unerträglichen Mißverhältnis zum Interesse der Parteien
an einer gerichtlichen Entscheidung ³⁹.

Das mögen ein paar alltägliche Fälle verdeutlichen:
Ein Kaufmann klagt gegen den Käufer einer Maschine auf
Zahlung des Restkaufpreises von 1.000 DM. Der Käufer

38. Ebenso OLG München, NJW 67, 1666.

39. Im Ergebnis ebenso:

Redeker, NJW 1973, 1153 (1159).

Auf das unausgewogene Verhältnis zwischen den Kosten
eines Prozesses und dem Wert des Streitgegenstandes
weist auch Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos,
1973, 18 hin.

wendet dagegen ein, er dürfe diesen Betrag einbehalten, da die gelieferte Ware mit schweren Mängeln behaftet sei. Das Gericht erhebt Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens und entscheidet sodann durch Endurteil. Die beschwerte Partei legt Berufung ein. Das Berufungsgericht hört den Sachverständigen mündlich an und weist die Berufung zurück⁴⁰.

Der Streitwert beträgt 1.000 DM. Es ergibt sich folgende Kostenberechnung:

I. Instanz (Amtsgericht)

Prozeßgebühr (§ 25 Abs. 1 Nr. 1 GKG)	36,--
Beweisgebühr (§ 25 Abs. 1 Nr. 2 GKG)	36,--
Urteilsgebühr (§ 25 Abs. 1 Nr. 3 GKG)	36,--
Sachverständigenkosten (§§ 3 ff Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen)	<u>250,--</u>

Prozeßgebühr (§ 31 Nr. 1 BRAGebO)	65,--
Verhandlungsgebühr (§ 31 Nr. 2 BRAGebO)	65,--
Beweisgebühr (§ 31 Nr. 3 BRAGebO)	65,--
Postgebühren (§ 26 BRAGebO)	<u>18,--</u>
	213,--

5,5 % Umsatzsteuer	<u>11,72</u>
	224,72

Dieser Betrag doppelt, da zwei Anwälte beteiligt sind:

449,44

40. Einen ähnlichen Fall schildert Schneider in JurA, S. 57.

II. Instanz (Landgericht)

Frozeßgebühr (Erhöhung nach § 34 GKG)	54,--	
Beweisgebühr	54,--	
Urteilsgebühr	54,--	
Geschätzte Auslagen	9,--	
Sachverständigenkosten für Anhörung	<u>40,--</u>	211,--
Frozeßgebühr (Erhöhung nach § 11		
Abs. 1 Satz 2 BRAGebO)	84,50	
Verhandlungsgebühr	84,50	
Beweisgebühr	84,50	
Postgebühren	<u>18,--</u>	
	271,50	
5,5 % Umsatzsteuer	<u>14,94</u>	
	286,44	
Dieser Betrag doppelt, da zwei		
Anwälte beteiligt sind:		<u>572,88</u>
		1.607,32
		=====

Das heißt also: Bei niedrigen Streitwerten "fressen" die Kosten den Wert des Streitgegenstandes auf, ja übertreffen ihn oft bei weitem.

Oder ein anderes Beispiel: Das OLG Frankfurt hat - wie erwähnt - mit Beschluß vom 28.4.1970 ⁴¹ die Ansicht vertreten, der Streitwert einer Klage auf Auflassung eines Grundstücks richte sich selbst dann nach dem Wert des Grundstücks, wenn die Auflassung an sich unstreitig ist, Streit jedoch über das Bestehen einer Gegenforderung herrscht.

41. Rpfleger 1970, 354 f.

Zur Verdeutlichung des Kostenrisikos wollen wir - was durchaus realistisch ist - den Wert des Grundstücks auf 500.000 DM veranschlagen; die Höhe der umstrittenen Forderung soll 1.000 DM betragen. Dann wäre in zwei Instanzen mit etwa 67.000 DM Gerichts- und Anwaltsgebühren zu rechnen ⁴².

67.000 DM Kosten bei einem eigentlichen Streit um 1.000 DM! Deutlicher könnte das Mißverhältnis zwischen Kosten und Interesse der Parteien kaum sein. Bei einem derart unverhältnismäßigen Kostenrisiko verflüchtigen sich sowohl das Recht des Käufers auf unbedingte Auflassung als auch das u.U. bestehende Recht des Gegners auf Leistungsverweigerung zu bloßen theoretischen Möglichkeiten ⁴³: Ein auch nur einigermaßen vernünftig kalkulierender Verkäufer wird eher auf die strittigen 1.000 DM verzichten, als das Risiko eines Prozesses mit einer Kostenlast von 67.000 DM auf sich zu nehmen. Der Käufer wird dagegen faktisch zum sofortigen bedingungslosen Anerkenntnis gezwungen. Hinsichtlich seines u.U. bestehenden Gegenanspruchs muß er dann selbst als Kläger die Initiative ergreifen. Des Druckmittels eines Zurückbehaltungsrechts geht er also verlustig.

Schließlich sei noch auf eine Fallgruppe ⁴⁴ aus dem Recht der Aktiengesellschaften hingewiesen, die vor einigen Jahren Aufsehen erregte:

42. Bei der Kostenberechnung wurde unterstellt, daß in beiden Instanzen eine Beweisaufnahme stattfindet.

43. Vollkommer, Rpfleger 1970, 354 f. Nach Ansicht Vollkommers greift das Kostenrecht damit in unzulässiger Weise in materielle Rechtslagen ein.

44. Z.B. BVerfGE 14, 263 ff. In diesem Verfahren stand freilich nicht die kostenrechtliche Problematik, sondern die Verfassungsmäßigkeit einzelner Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes vom 12. November 1956 zur Entscheidung an.

In den Jahren der Umwandlungswelle bei den großen Wirtschaftsunternehmungen haben über 330 Aktiengesellschaften ihre Minderheiten gegen Abfindung aus der Gesellschaft ausgeschlossen⁴⁵. Wer sich mit dem Ausschluß nicht zufriedengeben wollte, mußte den betreffenden Hauptversammlungsbeschluß gerichtlich anfechten. Da bei der Festsetzung des Streitwerts nach § 247 Abs. 1 AktG jedoch alle Umstände des Einzelfalles, insbesondere auch das Interesse der Aktiengesellschaft zu berücksichtigen sind, waren hohe und höchste Streitwerte die Regel. Das Kostenrisiko stand damit in keinem Verhältnis zum wahren Interesse des Klägers, der ja letztlich nur seine paar Aktien behalten wollte⁴⁶.

2. Benachteiligung wirtschaftlich schwacher Parteien

Prozeßkosten sind grundsätzlich unabhängig von den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien⁴⁷. Gleiche Prozeßkosten treffen eine wirtschaftlich schwache Partei aber ungleich härter als einen Vermögenden; härter auch als jedes Industrieunternehmen, das Prozeßkosten als unvermeidliche Betriebsausgaben in die Kostenkalkulation einbeziehen kann. Das Armenrecht in seiner heutigen Gestalt ist keineswegs geeignet, diese eminente Chancenungleichheit vor Gericht auszugleichen⁴⁸:

45. Die Zahl ist entnommen:

Fechner, JZ 1969, 349 (350).

46. Zwar ermöglicht § 247 Abs. 2 AktG unter bestimmten Voraussetzungen die Herabsetzung des Kostenrisikos. Ob es aber zu einer solchen Streitwertherabsetzung kommt, kann vor dem Prozeß niemals mit letzter Sicherheit vorausgesagt werden.

47. Vgl. 1. Kapitel, I, 1, b, α, bb bzw. N. 27 und 28.

48. Im Ergebnis ebenso: Baur, JZ 1972, 75 f;
Däubler, BB 1969, 545;
Schmidt, JZ 1972, 680.

Schon der Name Armenrecht wirkt in unserer Gesellschaftsordnung, die vielfach hohes Einkommen mit Tüchtigkeit verwechselt und in der Geld soziales Ansehen bedeutet, diskriminierend und deprimierend⁴⁹. Läßt es sich überhaupt mit der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) vereinbaren, daß der Staat jedem, der die oft überaus hohen Prozeßkosten nicht zu erbringen vermag, den Stempel amtlich festgestellter Armut aufdrückt? Soll so der moderne Sozialstaat (Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) aussehen?

Außerdem leidet das Armenrecht an vielen, zum Teil systembedingten Mängeln. Mängeln, die den Sinn des Armenrechts aushöhlen und in sein Gegenteil verkehren. Das fängt schon bei den Bewilligungsvoraussetzungen an: Armut soll bekanntlich nur bei Gefährdung des notwendigen Unterhalts vorliegen (§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Kammergericht⁵⁰ setzte den notwendigen Unterhalt dem pfändungsfreien Betrag nach § 850 c ZPO (zur Zeit 340 DM für nicht unterhaltspflichtige Personen) gleich. Armenrecht kann nach dieser Ansicht nur gewährt werden, wenn die Prozeßkosten das pfändungsfreie Minimum angreifen würden. Das OLG Schleswig⁵¹ interpretierte den § 114 ZPO unter Berufung auf § 850 d ZPO noch enger⁵².

49. Heimerich, BB 1960, 1071 findet es unverständlich, weshalb es im Prozeß immer noch den "Armen" gibt, der um die Bewilligung des Armenrechts nachsuchen muß, obwohl z.B. im Bereich der Sozialhilfe der Begriff Fürsorge durch das weniger diskriminierende Wort Sozialhilfe ersetzt wurde.

50. KG, JR 1951, 184. Ebenso Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Auflage, Anm. II, 1, a zu § 114.

51. Urteil vom 20.11.52, SchlHA 1953, 55.

52. Großzügiger war das OVG Berlin (DVBl. 1971, 428 f). Nach seiner Meinung soll nicht die Pfändungsfreigrenze nach § 850 c ZPO Maßstab für die Bewilligung des Armenrechts sein, sondern die Bestimmungen über die Hilfe in besonderen Lebenslagen nach dem BSHG (§§ 27 Abs. 2, 76 ff, 79 ff BSHG).

Gänzlich ausgeschlossen ist das Armenrecht, wenn der Antragsteller über Ersparnisse verfügt. Dem sogenannten kleinen Mann im Arbeitsverhältnis, dem Angestellten mit geringem Monatseinkommen und dem Beamten mutet es unsere Rechtsordnung zu, die letzte gesparte Mark für ein ungewisses Prozeßabenteuer zu opfern ⁵³.

Selbst dann, wenn eine Partei den Bewilligungsvoraussetzungen an und für sich genügt, ist der Rechtsweg nicht in jedem Fall eröffnet. Das Verfahren der Armenrechtsbewilligung kann nämlich Kosten verursachen, die eine arme Partei zu tragen nicht in der Lage ist: Da bereits im Bewilligungsverfahren die Erfolgsaussicht der Klage zu prüfen ist (vgl. § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO), verlagert sich häufig die eigentliche Entscheidung aus dem Prozeß in das Armenrechtsprüfungsverfahren ⁵⁴. Die arme Partei muß deshalb zur zweckentsprechenden Wahrnehmung ihrer Interessen die Hilfe eines Anwalts in Anspruch nehmen. Zwar erhält dieser gemäß § 51 BRAGebO für die Durchführung des Verfahrens und die Teilnahme an einer Beweisaufnahme nur je eine 3/10 Gebühr; bei einem Streitwert von 20.000 DM belaufen sich die Gebühren aber immerhin auf etwa 300 DM. Armenrecht gibt es im Armenrechtsprüfungsverfahren jedoch noch nicht.

Um die Gefahr zu bannen, daß jemand nur wegen der Kosten des Armenrechtsprüfungsverfahrens nicht die Hilfe eines Gerichts in Anspruch nehmen kann, hat Tribian deshalb vorgeschlagen ⁵⁵, immer dann über das Armenrecht nicht in einem gesonderten Armenrechtsprüfungsverfahren zu entscheiden, wenn es um hohe Streitwerte

53. Vgl. Fechner, JZ 1969, 350.

54. Darauf hat insbesondere Tribian, DRiZ 1962, 416 f hingewiesen.

55. Oben N. 54.

geht oder wenn eine Beweisaufnahme nötig wäre und nicht feststeht, ob die arme Partei die Anwaltskosten aufzubringen vermag. Der Vorschlag von Tribian widerspricht aber wohl dem bestehenden Armenrechtssystem, das dadurch geprägt ist, daß über die Voraussetzungen des Armenrechts, also auch über die Erfolgsaussicht der Klage, in einem besonderen Bewilligungsverfahren entschieden werden soll ⁵⁶.

Außerdem führt das Armenrecht keinesfalls zu einer vollständigen Befreiung vom Kostenrisiko. Wenn auch die Kostenerstattungspflicht im Falle des Prozeßverlustes mangels Masse weitgehend nur auf dem Papier steht und wenn auch die nur gestundeten Gerichtsgebühren kaum jemals nachgefordert werden, so bleibt die arme Partei doch weiterhin Schuldner. Der Prozeß ist für sie mit dem Urteil noch nicht abgeschlossen. Sie muß damit rechnen, daß die siegreiche Partei ihre Kosten einzutreiben versucht, sie ist u.U. sogar verpflichtet, eine eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO abzugeben.

Weiter kommt hinzu: Wichtige Gruppen von Rechtssuchenden sind vom Armenrecht ganz oder teilweise ausgeschlossen. Für einen Unternehmer kommt es schon wegen seiner kreditschädigenden Wirkung nicht in Betracht. Juristischen Personen kann bekanntlich Armenrecht nur gewährt werden, wenn "die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde" (§ 114 Abs. 4 ZPO). Diese Voraussetzung soll nach der Rechtsprechung ⁵⁷ nur vorliegen, wenn es sich um Entscheidungen handelt, "die größere Kreise der Bevölkerung oder des Wirtschaftslebens ansprechen und soziale Wirkungen nach sich ziehen können".

56. Vgl. §§ 118, 118 a Abs. 1, 119 ZPO.

57. Erstmals: BGHZ 25, 183 (185).

Das allgemeine Interesse an der richtigen Entscheidung eines Prozesses ist nach h. M.⁵⁸ dagegen nicht ausreichend. Kleine juristische Personen können also kaum jemals in den Genuß des Armenrechts kommen⁵⁹. Sie wären aber am schutzbedürftigsten. Denn gerade sie geraten im Machtkampf mit Überlegenen Wirtschaftspartnern oft in existenzgefährdende Konflikte.

Problematisch ist auch die Regelung, daß Ausländern nur bei Gewährleistung der Gegenseitigkeit Armenrecht bewilligt wird (§ 114 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Sicherlich ist es grundsätzlich anerkennenswert, wenn dadurch erreicht werden soll, daß deutsche Staatsangehörige im Ausland insoweit gleich behandelt werden. Es ist auch verständlich, wenn dem deutschen Staat seine Bürger näher stehen als Ausländer. Trotzdem bleibt es fraglich, ob dieses Ziel zu Lasten der Ausländer, die bei uns leben und arbeiten, gehen muß. Diese Regelung ist umso bedenklicher, als die Bundesrepublik Deutschland selbst die Mehrheit der bei uns wohnenden Ausländer als Studenten oder Gastarbeiter ins Land gerufen hat.

Schließlich darf nicht übersehen werden, daß das Armenrechtsverfahren die arme Partei in eine viel schlechtere Ausgangsposition bringt. Denn ihr Prozeßgegner muß

58. BGHZ 25, 185;

Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Auflage, Anm. V, 1, c zu § 114; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Auflage, § 90, II, 1, c.

59. Das BVerfG hält § 114 Abs. 4 für verfassungsrechtlich unbedenklich (NJW 1974, 229 ff): Das Armenrecht finde seine verfassungsrechtliche Legitimation im Gebot des sozialen Rechtsstaats (S. 230). Bei juristischen Personen bestehe aber keine Pflicht zu staatlicher "Fürsorgeleistung". Der Gesetzgeber sei also im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit nicht gehindert gewesen, die Bewilligung des Armenrechts davon abhängig zu machen, daß der Rechtsstreit Interessen der Allgemeinheit berühre (S. 231).

zum Armenrechtsgesuch gehört werden (§ 118 a Abs. 1 Satz 2 ZPO); das heißt, dieser weiß, daß die andere Partei arm ist und wie arm sie ist. Er kann sich - mag das Armenrecht ganz, teilweise oder überhaupt nicht gewährt werden - ohne große Mühe ausrechnen, wann das verbleibende Kostenrisiko für sie untragbar wird. Ein etwaiges Vergleichsangebot von seiner Seite wird entsprechend ungünstig für die arme Partei aussehen, weiß er doch, daß diese auch einen "mageren" Vergleich einem ungewissen weiteren Prozeßverlauf mit für sie ruinösem Kostenrisiko vorziehen wird, ja muß. Wenn Pastor ⁶⁰ in anderem Zusammenhang die Honorigkeit der Prozeßparteien und ihrer Anwälte beschwört, überschätzt er meines Erachtens den Edelmut der Menschen. Wohlgermerkt, es soll nicht behauptet werden, die reiche Partei nutze in einem solchen Falle in schamloser Weise ihre Überlegenheit aus. Es ist vielmehr das legitime Recht jeder Partei, sich in den Grenzen der §§ 138 Abs. 1 ZPO (Wahrheitspflicht) und 242 BGB (Treu und Glauben) alle gewonnenen Erkenntnisse nutzbar zu machen. Nicht die Parteien sind schlecht, sondern ein Recht, daß die Voraussetzungen für derartige Manöver erst schafft. Wenn man dazu noch berücksichtigt, daß Armenanwälte infolge der relativ niedrig bemessenen Armenanwaltsgebühren nicht übermäßig viel Zeit und Mühe in Armenrechtsprozesse investieren ⁶¹, kommt man im Endergebnis nicht an der Feststellung vorbei, daß das Armenrecht auf der Gegenseite wie ein zusätzlicher Rechtsschutz wirkt. ^{61a}

60. WRP 1964, 183.

61. Schmidt, JZ 1972, 681 fordert deshalb de lege ferenda, der Armenanwalt müsse die normalen Gebühren aus der Staatskasse erhalten.

61a. Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 19 beklagt deshalb zu Recht die "Waffenungleichheit" zwischen wirtschaftlich schwachen Parteien einerseits und finanziell starken Gegnern andererseits.

Die geradezu fatale Erkenntnis lautet also: Das Armenrecht in seiner jetzigen Gestalt ist nicht geeignet, für Chancengleichheit zwischen arm und reich im Prozeß zu sorgen. Im Gegenteil, es verschärft sogar die bereits bestehende Ungleichheit.

3. Rechtswegssperre

Endlich kann dem Kostenrecht der Vorwurf nicht erspart werden, sich in vielen Fällen als "Rechtswegssperre" auszuwirken⁶². Erreicht das Kostenrisiko ein Ausmaß, das für die Zukunft eine schwere Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz oder des sozialen Status bedeutet, verbaut es dem potentiellen Kläger den Weg zum Gericht, den potentiellen Beklagten zwingt es zum außergerichtlichen Nachgeben. Beiden macht es die Ausschöpfung des Instanzenzuges und der sonstigen prozessualen Möglichkeiten (z.B. Einholung eines teuren Gutachtens) unmöglich.

Diese Folge beschränkt sich keineswegs auf Fälle mit sehr hohen Streitwerten, wenn auch zuzugeben ist, daß man im ersten Augenblick nur an spektakuläre Prozesse denkt, die auch in der Presse Schlagzeilen machten⁶³. Für einen Arbeiter mit einem monatlichen Nettoeinkommen von 900 DM können schon Kosten in Höhe von ein paar Tausend DM unerschwinglich sein. Jedenfalls wird er es

-
62. Bokelmann, ZRP 1973, 164; Fechner, JZ 1969, 350 f. Auch Baur, JZ 1972, 76 meint, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung könne praktisch abgeschnitten werden. Bauer, VersR 1973, 110 spricht von einer Rechtsverweigerung, zumindest aber Rechtswegbehinderung. Vgl. auch: Schneider, Jura 1971, Heft 1, 86; Fechner und Schneider, Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, 1960, S. 59 unten.
63. Der Streitwert im Hauptsacheprozeß VW-Werk contra DM-Warentestzeitschrift belief sich auf 15 Millionen Mark (Bauer, oben N. 62, Fußnote 5).

sich genau überlegen müssen, ob er seinen mühsam ersparten Notgroschen in einen Prozeß investieren soll. Das Armenrecht bietet infolge seiner eng gefaßten Bewilligungsvoraussetzungen kaum Abhilfe⁶⁴.

III. Thesen zum Kostenrisiko

1. Das Kostenrisiko kann unverhältnismäßig sein.
Das heißt: Es steht zum Teil in einem Mißverhältnis zu dem Interesse einer Partei an der angestrebten gerichtlichen Entscheidung.
2. Das Kostenrecht benachteiligt die wirtschaftlich schwache Partei. Das Armenrecht kann wegen seines diskriminierenden Charakters, der engen Bewilligungsvoraussetzungen und der Beschränkung auf bestimmte Kategorien von Prozeßparteien keine volle Chancengleichheit schaffen.
3. Das Kostenrisiko übt Einfluß auf Beginn und Ablauf eines Prozesses aus. Es entscheidet mit darüber, ob zur Beilegung eines Konflikts die Hilfe eines Gerichts in Anspruch genommen wird, ob das Verfahren durch streitiges Urteil, durch Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil oder durch einen gerichtlichen Vergleich endet und ob gegen die Entscheidung des Gerichts ein Rechtsmittel eingelegt wird.
4. Dieser Einfluß hängt von der Höhe des Kostenrisikos und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien ab. Er ist umso größer, je höher das Kostenrisiko und je ärmer die Partei ist.

64. Vgl. 1. Kapitel, II, 2.

5. Das Kostenrisiko kann zu einer faktischen Rechtswegsperre führen. In erster Linie dann, wenn es ein Ausmaß erreicht, das für die Zukunft eine schwere Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz oder des sozialen Status bedeutet; aber auch dann, wenn die Kosten zur Erlangung des Armenrechts im Armenrechtsprüfungsverfahren nicht aufgebracht werden können.

IV. Anregung: Überprüfung der Thesen an Hand einer empirischen Untersuchung

Die Thesen zum Kostenrisiko sind zwar keinesfalls spekulativer Natur. Sie stellen das Ergebnis ziel- und zweckgerichteter Überlegungen dar. Begründet auf verschiedene Denkmodelle und Beispiele aus der Rechtsprechung vermitteln sie erste Erkenntnisse über den Einfluß des Kostenrisikos auf das Verhalten der Parteien und die Abhängigkeit dieses Verhaltens von der jeweiligen wirtschaftlichen Stellung. Sie sagen jedoch nichts über Umfang und Intensität dieses Einflusses, über das Maß der Abhängigkeit von Kostenhöhe und wirtschaftlicher Lage einerseits und gerichtlichem Rechtsschutz andererseits aus.

Konkret: Welcher Prozentsatz potentieller Prozeßparteien sich durch das Kostenrisiko vom Weg zum Richter abschrecken läßt, wer lediglich der drohenden Kosten wegen einen gerichtlichen Vergleich schließt oder ein Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil gegen sich ergehen läßt, wer aus dem gleichen Grund kein Rechtsmittel einlegt, diese Fragen lassen sich nicht durch die Thesen, sondern nur an Hand einer empirischen Untersuchung beantworten. Nur eine breit angelegte und auf methodisch gesicherter Grund-

lage stehende Umfrageaktion ⁶⁵ könnte das gesamte Ausmaß der Bedeutung des Kostenrisikos zeigen ⁶⁶.

1. Methodische Zulässigkeit einer empirischen Untersuchung

Vor einer Erörterung der Methodik einer Felduntersuchung taucht jedoch eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung auf:

Bewegt sich jemand, der zur Aufklärung juristischer Sachverhalte sich des Mittels einer empirischen Untersuchung bedient, überhaupt noch auf juristischem Boden, oder gilt hier die Mahnung Kelsens, das Recht frei zu halten von psychologischen, soziologischen, ethischen und politischen Erörterungen ⁶⁷? Handelt es sich bei der empirischen Sozialforschung um eine Spezialdisziplin, die unabhängig und feindlich neben der Rechtswissenschaft, insbesondere der Rechtsdogmatik, steht, oder berühren und ergänzen sich beide Wissenschaftszweige?

65. Zur Methode einer Umfrage:

Bender (Hrsg.), Tatsachenforschung in der Justiz, in: Reform der Justizreform, Band 1, 1972;
König (Hrsg.), Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 1, 1962;
Phillips, Empirische Sozialforschung - Strategie und Taktik, 1970;
Schrader, Einführung in die empirische Sozialforschung, 1971.

66. Ursprünglich hatte ich geplant, im Landgerichtsbezirk Nürnberg-Fürth zur Verifizierung oder Falsifizierung meiner gewonnenen Thesen eine empirische Untersuchung durchzuführen. Aus verschiedenen Gründen mußte ich dieses Projekt jedoch fallenlassen.

67. Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, S. 1. Zur Kritik an der Reinen Rechtslehre Kelsens sei verwiesen auf: Dreier, JZ 1972, 329 ff; Fechner, in: Ideologie und Recht, 1969, 97 (104 ff); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, S. 72 ff (mit weiteren Nachweisen).

Das Problem spitzt sich also auf die Frage der methodischen Zulässigkeit einer empirischen Untersuchung zu.

a) Soziologie und Recht

Jede empirische Untersuchung gründet wesensnotwendig in der Soziologie. Sie bestimmt ihren Ausgangspunkt, die benötigten Mittel und die anzuwendende Methode. Beschäftigt sich die herkömmliche Rechtswissenschaft primär mit dem Sollen der Rechtsunterworfenen, so geht die Soziologie vom Seinszustand aus. Beide Wissenschaften scheinen damit in einem unüberbrückbaren Gegensatz zueinander zu stehen.

Doch schon frühzeitig wurde die Bedeutung der Soziologie für die Rechtswissenschaft erkannt: Bereits kurz nach der Jahrhundertwende war von Eugen Ehrlich in Czernowitz ein Institut für lebendes Recht eingerichtet worden ⁶⁸.

1912 behandelte der Deutsche Juristentag das Thema: "Was kann geschehen, um bei der Ausbildung das Verständnis der Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziale Fragen in erhöhtem Maße zu fördern ⁶⁹?" Folgende Beschlüsse wurden u.a. gefaßt: "Aufgabe des Rechtsunterrichts ist es, den Inhalt der die einzelnen Rechtsinstitute regelnden Rechtssätze - unter Klarlegung ihrer wirtschaftlichen und sozialen Voraussetzungen - zu entwickeln"

68. Näheres über die Arbeit dieses Instituts in: Ehrlich, Die Erforschung des lebenden Rechts, 1911, neu herausgekommen unter: Ehrlich, Recht und Leben, Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Frei-rechtslehre, 1967, 11 ff.

69. Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages 1912, 1913, Band 2, 200 ff, 805 ff und Band 3, 727 ff, 974 ff.

"... die Abhaltung von Vorlesungen über Statistik und Wirtschaftsgeschichte, sowie über volks- und privatwirtschaftliche Spezialgebiete sind daneben zu begrüßen. Ebenso Vorlesungen über einzelne Partien und Probleme der Soziologie ... 70."

1914 schließlich erschien die Schrift "Rechtstat-sachenforschung" von Arthur Nußbaum. Seitdem ist es um dieses Thema keinesfalls stiller geworden. Erinnert sei nur an die Arbeiten von Raiser ⁷¹, Rehbindner ⁷² und Trappe ⁷³. In jüngster Zeit erlebt die Soziologie im Bereich der Rechtswissenschaft sogar eine ausgesprochene Blüte. Dies zeigt sich sowohl in Prüfungsordnungen ⁷⁴ als auch in einer wachsenden Anzahl soziologischer Veröffentlichungen ⁷⁵. Freilich darf daraus nicht bereits die Zulässigkeit soziologischer Untersuchungen im Bereich der Rechtswissenschaft gefolgert werden. Eine tatsächliche Übung ist höchstens ein Indiz dafür, aber kein Beweis.

70. Ober N. 69, Band 1, 9^{ter} f.

71. Raiser, Einführung in die Rechtssoziologie, Sonderheft 9 der Juristischen Arbeitsblätter 1972; Raiser, JZ 1970, 665 ff.

72. Rehbindner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1971.

73. Trappe, Zur Situation der Rechtssoziologie, in: Recht und Staat, Heft 369, 1968.

74. Vgl. §§ 5 Abs. 3 Ziffer 1, 21 Abs. 2 Ziffer 4 Bayr. JAO vom 15.6.1972.

75. Z.B. Bender, oben N. 65; Gruppen, Anwbl. 1971, 62 f.; Richter, Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsfindung, 1973.

b) Rechtstatsachenforschung als Entscheidungshilfe

Den Zweig der Soziologie, dessen Erkenntnisziel das Recht ist, bezeichnet man als Rechtssoziologie. Bezieht sich die Rechtssoziologie zur Feststellung der wechselseitigen Abhängigkeit von gesellschaftlichem Leben und Recht der in der soziologischen Forschung üblichen Untersuchungsmethoden, so sprechen wir üblicherweise von empirischer ⁷⁶ Rechtssoziologie oder Rechtstatsachenforschung ⁷⁷.

Die Problemstellung reduziert sich also auf die Frage: In welchem Verhältnis stehen Rechtstatsachenforschung und Rechtssoziologie zur klassischen Rechtsdogmatik?

Die Lösung muß ausgehen vom Grund, dem Zweck und der Bedeutung einer Rechtstatsachenforschung:

Empirische Untersuchungen lassen sich im Bereich der Jurisprudenz an verschiedenen Objekten durchführen. Man kann z.B. die soziale Struktur der das Recht praktizierenden Juristen analysieren und daraus Einstellungen zu rechtlichen und politischen Fragen abzuleiten versuchen ⁷⁸. Dann können wir von einer reinen Berufssoziologie sprechen. Man kann die Rechtssoziologie aber auch in einem engeren Sinne verstehen als Lehre von "den dem Recht vorgegebenen oder unter-

76. Raiser, JZ 1970, 666.

77. Rehinder (oben N. 72) beschränkt im Gegensatz zu Raiser den Begriff Rechtstatsachenforschung auf das Feststellen der Fakten. Das Analysieren und Ordnen der ermittelten Rechtstatsachen weist er der theoretischen Rechtssoziologie zu.

78. Vgl. dazu: Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1965; derselbe, AnwBl. 1964, 216 ff; Kaupen, Die Hüter von Recht und Ordnung, Neuwied 1969; Kaupen und Rasehorn, Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie, 1971; Richter, Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung, 1973.

worfenen gesellschaftlichen Beziehungen und Gruppen ⁷⁹". Die von mir gegebene Anregung fällt in diese Kategorie. Dann ist die Rechtstatsachenforschung begrifflich der Rechtsdogmatik vorgeschaltet. Sie versucht von einem anderen Ausgangspunkt her und mit anderen Methoden zu für die Rechtswissenschaft wichtigen Erkenntnissen über die Struktur der Rechtsunterworfenen und die soziale Auswirkung bestimmter Rechtsinstitute zu gelangen. Sie ist damit Voraussetzung einer kritischen Reflexion eines Gesetzes oder eines zu regelnden Sachverhaltes. Denn positives Recht ist kein Wert an sich. Es erhält seine innere Legitimation erst dadurch, daß die Ergebnisse, die es bedingt, sinnvoll ⁸⁰ sind. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft stehen also nicht a priori in einem unüberbrückbaren Gegensatz zueinander. Rechtstatsachenforschung kann vielmehr eine Hilfsdisziplin der Rechtsdogmatik und der Rechtspolitik, eine Entscheidungshilfe, sein. Daraus ergeben sich zugleich die Grenzen jeder Rechtstatsachenforschung.

c) Grenzen der Rechtstatsachenforschung

Eine Rechtstatsachenforschung ist im Rahmen einer juristischen Betrachtung nur dann methodisch gerechtfertigt, wenn sie Entscheidungshilfe sein kann, wenn sie also für die juristische Lösung eines Konflikts überhaupt etwas beizutragen vermag. Es gibt typische Rechtsfragen, deren Lösung nicht durch Umfrageaktionen gefördert werden kann ⁸¹. Wer im konkreten Einzelfall Eigentümer einer Sache oder Inhaber einer Hypothek ist,

79. Raiser, oben N. 76.

80. Wobei zu überlegen ist, ob die Frage, was sinnvoll ist, ein Problem der Soziologie oder der Rechtsdogmatik ist.

81. Vgl. Raiser, JZ 1970, 668.

kann in einem hochzivilisierten Staat nicht dem "gesunden Volksempfinden" einer unbestimmten Masse überlassen bleiben. Die Entscheidung hängt vielmehr von einer Subsumtion unter gültige Gesetze ab. Soll jedoch die Vereinbarkeit des Kostenrechts mit höherrangigen Normen überprüft werden und sollen neue, sinnvollere Modelle gesucht werden, so ist die genaue Kenntnis des sozialen Einflusses des Kostenrechts nicht nur eine Entscheidungshilfe, sondern sogar unabdingbare Voraussetzung für ein vernünftiges Ergebnis.

Außerdem muß sichergestellt sein, daß die soziologischen Untersuchungsmethoden die juristischen an Effizienz übertreffen. Es wäre nämlich nicht einzusehen, weshalb die Rechtswissenschaft bei einer an und für sich sachfremden Wissenschaft Anleihen nehmen sollte, wenn ihre eigenen Erkenntnismöglichkeiten gleichwertig oder sogar besser sind. Die heutige soziologiefreundliche Betrachtungsweise verkennet oft die Bedeutung typisch juristischer kognitiver Methoden. Viele Probleme lassen sich durch konsequente dogmatische Konstruktionen, durch Sachverständigen Gutachten usw. sachgerecht lösen.

Wo es jedoch in erster Linie auf eine Tatsachenaufklärung ankommt, wo insbesondere - wie im Kostenrecht - die ungleiche soziale und wirtschaftliche Ausgangsposition berücksichtigungswert erscheint, da ist die soziologische Methode der juristischen eindeutig überlegen. Denn die empirische Soziologie hat für verschiedene Arten sozialer Erhebungen geeignete Verfahren ausgebildet. Da sie auf breiter Basis arbeitet, bildet sie in zweifelhaften Fällen die beste Gewähr, objektive Aussagen zu liefern. Die Gefahr, daß die Tatsachen durch die Brille dogmatischer Konstruktionssucht verzerrt erscheinen, ist also weitgehend gebannt.

Allerdings darf die Bedeutung der Rechtstatsachenforschung nicht überschätzt werden. Sie bietet Erkenntnisse nur auf der Seinsseite eines Problems. Ob das Kosten-

recht mit dem Grundgesetz vereinbar ist und wie es gegebenenfalls geändert werden müßte, ist eine rein juristische Frage.

Als Ergebnis bleibt also festzuhalten: Eine Rechtstatsachenforschung ist im Rahmen einer kritischen Untersuchung des Kostenrechts auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz methodisch zulässig. Da sie die Seinsseite des Problems mit Hilfe ihrer den juristischen Methoden überlegenen Techniken erhellt, fördert sie als Hilfsdisziplin die Suche nach einer Lösung des Problems.

2. Methode der empirischen Sozialforschung

Der Begriff Methode umschreibt in der Sozialforschung einen ganzen Themenkatalog⁸². Dazu zählt nicht nur der Untersuchungsmodus im engeren Sinn, der den Typ und die Modalitäten einer empirischen Untersuchung bestimmt; man versteht darunter üblicherweise auch das Auswahlverfahren und das Untersuchungsmittel, z.B. den Fragebogen.

a) Untersuchungsmodus

Die Soziologie hat für empirische Untersuchungen eine ganze Palette von Techniken entwickelt. Zu erwähnen sind die Beobachtung, das Experiment und das Interview, wobei wiederum zwischen Gruppeninterviews, schriftlichen Befragungen und Tiefeninterviews zu unterscheiden ist. Während jedoch der Typ der Untersuchung weitgehend vom Untersuchungsgegenstand, dem Untersuchungsobjekt und nicht zuletzt von den zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln abhängt, ist der Weg der Forschungstätigkeit im großen und ganzen vorgezeichnet:

82. Vgl. König (Hrsg.), Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 1, 1962, Zweiter Teil, S. 105 ff.

Für das angeregte Forschungsvorhaben scheint mir das schriftliche Interview das geeignetste Verfahren zu sein. Will man exakte Aussagen über Umfang und Intensität des Einflusses des Kostenrisikos gewinnen und will man die Abhängigkeit dieses Einflusses von der wirtschaftlichen Situation der Parteien feststellen, so setzt das eine Umfrage unter dem betreffenden Personenkreis voraus. Eine bloße Akteneinsicht würde der Aufgabenstellung nicht gerecht. Eine Akteneinsicht kann zwar beispielsweise Zahlen zur Häufigkeit von Rechtsmittelverzichten bei verschiedenen hohen Streitwerten liefern. Sie kann auch die Abhängigkeit dieser Zahlen von der jeweiligen wirtschaftlichen Situation aufdecken. Über die Motivation, die dem Rechtsmittelverzicht zugrundeliegt, ist damit jedoch nichts ausgesagt. Ob nämlich jemand ein Rechtsmittel einlegt, ist nicht nur eine Frage des Kostenrisikos. Zumindest ebenso entscheidend sind die Erfolgsaussichten (echte oder nur vermeintliche), die Bedeutung eines Rechtsstreits für eine Partei, der Bildungsstand, die Art der Rationalisierung⁸³ und nicht zuletzt der Grad der Informiertheit⁸⁴. Ein mündliches Interview scheidet wegen des für eine wissenschaftliche Arbeit wohl untragbaren Aufwandes aus.

Soll die Analyse brauchbare Ergebnisse liefern, darf die Gesamtzahl der Interviewpersonen nämlich nicht zu niedrig gehalten werden. Denn auch wenn man weiß, daß die Gesamtheit der Stichprobe ihrer Struktur nach der Grundgesamtheit entspricht, so ist damit noch nicht

83. Unter Rationalisierung versteht man in diesem Zusammenhang die Bewältigung des Ergebnisses durch die unterlegene Partei (Bender (Hrsg.), Tatsachenforschung in der Justiz, in: Reform der Justizreform, Band 1, 1972, 99).

84. Vgl. Bender, oben N. 83, Seite 97 f.

gesagt, daß auch jede noch so kleine Untergruppe dieselbe Struktur aufweist, wie die betreffende Untergruppe der Grundgesamtheit. Sinkt die Anzahl der erfaßten Fälle der Untergruppe unter 30, so lassen sich nach allgemeiner Meinung⁸⁵ daraus keine Schlüsse mehr für die entsprechende Untergruppe der Gesamtheit ziehen⁸⁶. Dazu ein Beispiel: Nehmen wir einmal an, wir sollen der Frage nachgehen, wie hoch der Prozentsatz derer ist, die lediglich des Kostenrisikos wegen kein Rechtsmittel einlegen und ob und in welchem Umfang dieser Satz von der jeweiligen sozialen Lage abhängt. Zu diesem Zweck können wir eine bestimmte Anzahl von in Frage kommenden Personen fragen, weshalb sie auf ein Rechtsmittel verzichteten. Wollen wir jedoch irgendwelche Korrelationen zwischen sozialer Lage und Rechtsmittelverzicht feststellen, sind die Interviewpartner nach ihrer sozialen Stellung aufzugliedern. Sinkt eine Untergruppe unter 30, so ist nicht mehr sichergestellt, ob die Antworten repräsentativ sind für diese soziale Schicht.

Außerdem führen schriftliche Interviews nach weitverbreiteter Meinung⁸⁷ zu qualitativ besseren Forschungsergebnissen. Schriftliche Interviews sollen sich durch präzisere Angaben und besser durchdachte Antworten auszeichnen. Die Ausschaltung des Interviewers vermittele dem Befragten nämlich das Gefühl größerer Anonymität und verleite ihn zu eventuell wahreren Angaben⁸⁸.

85. Bender, oben N. 83, Seite 25.

86. Solche Zahlen haben nur einen Wert zur Bestätigung eines Trends, der sich schon anderweitig gezeigt hat.

87. Kahn, Marks und Mauldin, zitiert von König (Hrsg.), Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 1, 1962, 167.

88. Es dürfen aber nicht die Nachteile schriftlicher Befragungen übersehen werden: Die Identität der Befragungssituation ist nicht sichergestellt, da nicht ausgeschlossen werden kann, daß manche Interviewpartner die Fragen erst nach längerem Überlegen und nicht ad hoc wie beim mündlichen Interview beantworten. Der Interviewer kann außerdem keine Interpretationshilfe bei nicht verstandenen Fragen leisten (König, oben N. 87).

Für den Ablauf der Untersuchung wären meines Erachtens folgende Besonderheiten zu beachten:

Regelmäßig geht der eigentlichen Hauptuntersuchung eine "Leitstudie" (pilot-study) voraus. Sie soll das Untersuchungsprogramm testen und dient dazu, den Hypothesenkatalog und die Erhebungs- und Auswertungstechniken für die Hauptuntersuchung zu verbessern und zu verfeinern ⁸⁹.

Für das angeregte Forschungsvorhaben erscheint mir aber eine auf einer Vorumfrage basierende Leitstudie entbehrlich. Der Untersuchungsgegenstand ist durch die verschiedenen Denkmodelle und Beispiele aus der Rechtsprechung ⁹⁰ bereits hinreichend geklärt und reif für die Hauptuntersuchung.

Die im 1. Kapitel, III formulierten Thesen zum Kostenrisiko nehmen den Platz ein, der ansonsten den Arbeitskypthesen ⁹¹ zukommt. Sie enthalten wie diese die schon vor der Umfrage vermuteten Gesetzmäßigkeiten und Abhängigkeiten. Als Arbeitsrichtlinie erleichtern sie die Formulierung eines Fragebogens und stecken zugleich den Rahmen der Untersuchung ab.

Last not least müssen vor der Ausarbeitung eines Fragebogens die benötigten "Indikatoren" gefunden werden. Da das Phänomen, das untersucht werden soll, oft nicht selbst erfaßt werden kann, muß man nach Indizien, den sogenannten Indikatoren, suchen. Darunter versteht man also eindeutig feststellbare Tatbestände, die geeignet sind, das Vorliegen des zu untersuchenden Phänomens mit hinreichender Sicherheit zu indizieren ⁹².

89. Bender, oben N. 83, Seite 19.

90. Oben 1. Kapitel, I und II.

91. Vgl. Bender, oben N. 83, Seite 19 f.

92. Man darf freilich nicht vergessen, daß die Indikatoren immer mehr oder weniger unvollständig sind.

Ein Beispiel: Jeder kann sich zwar unter Armut etwas vorstellen. Der Begriff Armut selbst ist aber nicht durch eine Umfrage unmittelbar zu erheben. Man kann nur die Indikatoren der Armut feststellen; z.B. Vermögenslosigkeit, niedriges Einkommen usw.

In der angeregten Untersuchung bieten sich als Indikatoren an:

Für den Einfluß des Kostenrisikos:

- | | | | | | |
|--|---|---|---|---|---|
| a) Gerichtliche Vergleiche auf Grund des Kostenrisikos | | | | | |
| b) Anerkenntnisurteile | " | " | " | " | " |
| c) Versäumnisurteile | " | " | " | " | " |
| d) Rechtsmittelverzicht | " | " | " | " | " |

Für die wirtschaftliche Lage

a) einer natürlichen Person:

- α) Einkommen
- β) Familienstand
- γ) Zahl der unversorgten Kinder
- δ) Ehelicher Güterstand

b) einer juristischen Person:

- α) Rechtsform der juristischen Person
- β) Höhe des Grundkapitals oder der Stammeinlage
- γ) Umsatz

b) Auswahlverfahren

Eine Vollerhebung ist wegen der großen Anzahl der in Frage kommenden Fälle undenkbar. Es können nicht alle Bewohner der BRD oder zumindest alle potentiellen Prozeßparteien interviewt werden. Deshalb ist das Auswahlverfahren von entscheidender Bedeutung für die Aussagekraft einer empirischen Untersuchung ⁹³.

93. König, oben N. 87, Seite 309.

Ziel des Auswahlverfahrens muß es sein, trotz einer Beschränkung der Untersuchung auf eine relativ kleine Zahl zu gesicherten Verallgemeinerungen vorzustoßen. Die Auswahl hängt teils vom Forschungsgegenstand ab, teils ist sie jedoch vorgezeichnet als Substrat jahrzehntelanger soziologischer Erfahrungen.

Sachlich lassen sich die den Arbeitshypothesen entsprechenden Thesen zum Kostenrisiko am ehesten an Hand der Fälle, die beim Landgericht in 1. Instanz anhängig gemacht wurden und gegen deren Entscheidung kein Rechtsmittel eingelegt wurde, verifizieren oder falsifizieren ⁹⁴. Denn wegen der in der Regel höheren Streitwerte landgerichtlicher Prozesse treten hier wahrscheinlich eher durch das Kostenrecht bedingte Konfliktsituationen auf. Zweckmäßigerweise müßte sich die Untersuchung meines Erachtens auf streitige Endurteile, gerichtliche Vergleiche, sowie auf Anerkenntnis- und Versäumnisurteile erstrecken ⁹⁵.

Im übrigen wäre eine mehrstufige Wahrscheinlichkeitsauswahl die geeignetste Form:

Auf der ersten Stufe würde es sich um eine sogenannte Gebietsauswahl ⁹⁶ handeln. Das heißt: Die Umfrage wäre auf den Bereich eines oder mehrerer Landgerichtsbezirke zu beschränken.

94. Damit soll nicht gesagt werden, daß die Ergebnisse nur für landgerichtliche Verfahren repräsentativ sind. Sie sind - jedenfalls grundsätzlich - auf amtsgerichtliche Prozesse mit entsprechendem Kostenrisiko übertragbar.

95. Wegen der kostenrechtlichen Besonderheiten der verschiedenen Verfahrensabschlüsse (1. Kapitel, I, 1, b, β).

96. Die Definition der Auswahlverfahren wurde entnommen: König, oben N. 87, Seite 311 ff.

Die zweite Stufe würde eine Wahrscheinlichkeitsauswahl in Gestalt einer reinen Zufallsauswahl bilden. Es müßte also jeder n.-Fall herausgegriffen werden, wobei n größtmäßig von der Grundgesamtheit und der Anzahl der zu interviewenden Personen abhängig wäre. Da bei Wahrscheinlichkeitsauswahlen jede Einheit eines "Kollektivs" eine bestimmte Chance erhält, in der untersuchten Teilmasse eingeschlossen zu sein, garantiert diese Form der Auswahl eine weitgehende Repräsentanz der Ergebnisse.

c) Fragebogen

Bei der Formulierung der Fragen und dem Aufbau des Fragebogens war ich bestrebt, die Erkenntnisse der Soziologie zu verwerten. Besonderes Augenmerk habe ich auf die Bildung "neutraler" Fragestellungen⁹⁷, sowie auf die "Mikro"- und "Makroplanung"⁹⁸ gelegt. Soweit es mir erforderlich erschien, wurden die einzelnen Komplexe mit "Füllfragen" verbunden. Dadurch soll sichergestellt werden, daß der Interviewpartner vom eigentlichen Untersuchungsgegenstand abgelenkt wird. Die Gefahr des sogenannten Ausstrahlungseffektes, die darin liegt, daß jeder möglichst widerspruchsfrei antworten will, läßt sich durch derlei Manipulationen etwas bannen. Im übrigen darf ich auf die zitierte Literatur⁹⁹ verweisen.

-
- 97. Unter neutralen Fragen versteht man das Gegenteil von Suggestivfragen. Neutrale Fragen sind solche, die nicht die Wahl einer bestimmten Antwortkategorie nahelegen.
 - 98. Die Mikroplanung beschäftigt sich mit der Reihenfolge einzelner benachbarter Fragen; die Makroplanung bezweckt eine optimale Zusammenfügung verschiedener Fragegruppen zu einem Fragebogen.
 - 99. Oben N. 65.

Standard - Fragebogen 100

1. Wie oft waren Sie schon als Kläger, Beklagter, gesetzlicher Vertreter von prozeßunfähigen Personen (Minderjährige) oder als prozeßführungsbefugtes Organ eines Unternehmens in einen Zivilprozeß verwickelt?

Die folgenden Fragen beziehen sich alle auf den Zivilprozeß vor dem Landgericht ..., Aktenzeichen .. .

2. Waren Sie in diesem Prozeß

Kläger,
Beklagter,
gesetzlicher Vertreter oder prozeßführungsbefugtes Organ des Klägers,
gesetzlicher Vertreter oder prozeßführungsbefugtes Organ des Beklagten?

3. Versuchten Sie vor dem Prozeß, sich mit Ihrem Gegner gütlich zu einigen?

ja nein

4. (Nur zu beantworten, wenn Frage 3 bejaht wurde)

Führten diese Verhandlungen

Sie selbst,
ein Angehöriger oder Bekannter,
Ihr Anwalt,
die Rechtsabteilung Ihrer Firma?

-
100. Für Anerkenntnis- und Versäumnisurteile bzw. gerichtliche Vergleiche müßte der Fragebogen teilweise abgeändert werden; die kostenrechtlichen Besonderheiten dieser Verfahrensabschlüsse müßten berücksichtigt werden.

5. Hat Ihr Gegner oder dessen Anwalt Sie dabei darauf hingewiesen, daß Ihnen bzw. der von Ihnen vertretenen Partei im Falle eines Prozeßverlustes erhebliche Kosten entstehen würden?

nein

er hat es kurz angedeutet

er hat es mit aller Deutlichkeit betont

6. (Die Fragen 6 und 7 sind nur zu beantworten, wenn Sie in diesem Verfahren Kläger bzw. der gesetzliche Vertreter oder das prozeßführungsbefugte Organ des Klägers waren)

Zögerten Sie, Klage zu erheben?

7. Weshalb zögerten Sie?

a) Ich bzw. mein Anwalt meinte, die Klage verspreche kaum Aussicht auf Erfolg.

b) Ich will grundsätzlich mit Gerichten nichts zu tun haben.

c) Die Prozeßkosten, die mir bzw. der von mir vertretenen Partei bei Verlust des Prozesses drohten, ließen mich zögern.

d) Es lagen andere Gründe vor.

8. Sind Sie bzw. die von Ihnen vertretene Partei rechtsschutzversichert?

ja nein

9. Im deutschen Zivilprozeß hat grundsätzlich die unterlegene Partei die Kosten des Verfahrens (Gerichtskosten, notwendige Auslagen des Gegners einschließlich der Kosten des gegnerischen Anwalts, Zeugengebühren usw.) zu tragen. Kannten Sie diese Regelung vor Prozeßbeginn?

nein

ja, ich kannte sie

mein Anwalt machte mich darauf aufmerksam

10. Kannten Sie die Höhe der anfallenden Kosten vor Prozeßbeginn?

nein

ungefähr

es kamen nicht vorhersehbare Kosten hinzu

(z.B. Gutachten)

ja

11. (Diese Frage ist nur zu beantworten, wenn Sie Kläger bzw. gesetzlicher Vertreter oder prozeßführungsbefugtes Organ des Klägers waren und die genaue Höhe der anfallenden Kosten nicht kannten)

Hätten Sie Klage erhoben, wenn Sie die genaue Höhe der anfallenden Kosten gekannt hätten?

ja

ich hätte es mir noch einmal genau überlegt

ich weiß es nicht

nein

12. In unserem Prozeßrecht gibt es die Möglichkeit, Armenrecht zu beantworten. Derjenige, dem Armenrecht bewilligt wird, ist von der Zahlung der Prozeßkosten einstweilen befreit. Außerdem wird ihm ein Anwalt unentgeltlich beigeordnet.

Kannten Sie diese Möglichkeit vor Prozeßbeginn?

ja

nein

13. Haben Sie Armenrecht beantragt?

ja

nein

14. (Nur zu beantworten, wenn Sie die Möglichkeit, Armenrecht zu beantragen, kannten und trotzdem den Antrag nicht stellten)

Weshalb haben Sie nicht Armenrecht beantragt?

- a) Bei mir bzw. der von mir vertretenen Partei liegen die Voraussetzungen nicht vor. Ich bin nicht arm.
- b) Zur Erlangung des Armenrechts hätte ich meine wirtschaftlichen Verhältnisse bzw. die wirtschaftliche Lage der von mir vertretenen Partei offenbaren müssen. Das wollte ich nicht.

15. Wie hoch waren schließlich die auf Sie entfallenen Prozeßkosten insgesamt?

DM

16. (Nur auszufüllen, wenn Sie rechtsschutzversichert sind)

Wieviel trug davon Ihre Rechtsschutzversicherung?

DM

17. Hatten diese Kosten Auswirkungen auf Ihren Lebensstandard?

- a) Nein.
- b) Ich mußte mich vorübergehend etwas einschränken.
- c) Die Kosten waren für mich eine starke wirtschaftliche Belastung.

18. Hatten die Kosten Auswirkungen auf das Unternehmen?

19. Waren Sie in einem Termin vor Gericht selbst anwesend?

einmal öfter nie

20. Waren Sie mit der Art der Prozeßführung durch das Gericht zufrieden?
21. Waren Sie mit Ihrem Anwalt zufrieden?
ja überhaupt nicht nicht besonders
22. Wurde ein Gutachten eingeholt?
ja nein
23. Wurden Zeugen vernommen?
ja nein
wenn ja, Anzahl der vernommenen Zeugen
24. Wurden Sie von dem Prozeßausgang überrascht?
ja
ich wurde von meinem Anwalt darauf vorbereitet
ich ahnte den Prozeßausgang
25. Weshalb haben Sie gegen das Urteil nicht Berufung eingelegt?
- a) Das Urteil ist meines Erachtens richtig.
 - b) Die Aussichten, zu einem für mich besseren Urteil zu kommen, waren schlecht.
 - c) Wenn ich in der Berufungsinstanz keinen Erfolg gehabt hätte, hätte ich die Prozeßkosten noch einmal zahlen müssen. Dieses Risiko erschien mir zu groß.
 - d) Die Gründe b und c waren für meinen Entschluß entscheidend.
 - e) Es lagen andere Gründe vor.
26. Haben Sie das Urteil mit Ihrem Rechtsanwalt erörtert?
- nein
kurz
eingehend

27. Wie verhielt sich Ihr Anwalt zu der Frage, ob Sie Berufung einlegen sollten?

- a) Er überließ die Entscheidung völlig mir.
- b) Er riet davon ab, Berufung einzulegen.
- c) Er ermunterte mich, Berufung einzulegen.
- d) Er drängte mich, Berufung einzulegen.

28. Welchen Beruf üben Sie aus?

29. Durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen:

bis 1.000 DM

1.000 DM - 1.500 DM

1.500 DM - 2.000 DM

2.000 DM - 3.000 DM

3.000 DM - 5.000 DM

über 5.000 DM

30. Familienstand:

ledig

verheiratet

verwitwet

geschieden

31. (Falls Sie verheiratet sind)

Ist Ihr Ehepartner berufstätig?

nein

halbtags

er arbeitet in meinem Geschäft mit

ja

32. Welchen Beruf übt er aus?

33. Durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen
Ihres Ehepartners:

bis 1.000 DM

1.000 DM - 1.500 DM

1.500 DM - 2.000 DM

2.000 DM - 3.000 DM

3.000 DM - 5.000 DM

über 5.000 DM

34. Wieviele Kinder haben Sie?

35. Alter der Kinder:

36. Davon sind

verheiratet

noch nicht verh. aber bereits berufstätig:

37. Haben Sie mit Ihrem Ehepartner einen besonderen
Güterstand vereinbart?

nein

ja

wenn ja, welchen?

38. (Die Fragen 38 - 40 sind nur zu beantworten, wenn
Sie als gesetzlicher Vertreter einer minderjähri-
gen Person den Prozeß führten)

Wie alt ist die von Ihnen vertretene Person?

39. Ist sie berufstätig?

ja

nein

40. Höhe ihres durchschnittlichen monatlichen Netto-
einkommens:

bis 1.000 DM

1.000 DM - 1.500 DM

1.500 DM - 2.000 DM

2.000 DM - 3.000 DM

über 3.000 DM

41. (Die Fragen 41 - 45 sind nur zu beantworten, wenn Sie als prozeßführungsbefugtes Organ eines Unternehmens den Prozeß führten)

Welche Stellung bekleiden Sie in dem von Ihnen vertretenen Unternehmen?

42. Rechtsform des von Ihnen vertretenen Unternehmens?
43. Jahresumsatz des Unternehmens?
44. Grundkapital bzw. Stammkapital des Unternehmens?
45. Sind Sie persönlich haftender Gesellschafter?

Soll die Untersuchung gültige Aussagen liefern, müssen die mit Hilfe des vorstehenden Fragebogens gewonnenen Daten sorgfältig analysiert und interpretiert werden¹⁰¹. Es wäre also beispielsweise zu untersuchen, ob zwischen den Indikatoren verschiedener Phänomene Abhängigkeiten (sog. Korrelationen) bestehen und wie stark diese Korrelationen variieren, wenn auf der einen Seite ein Indikator durch einen anderen ersetzt wird. Beispiel: Es müßte festgestellt werden, ob zwischen der Höhe des Einkommens einer Partei (Indikator für wirtschaftliche Lage) und der Zahl der Rechtsmittelverzichte ein Zusammenhang besteht und ob und wie die Zahl der Rechtsmittelverzichte sinkt oder steigt, wenn die Einkommenshöhe sich ändert.

101. Zur Analyse und Interpretation von Daten vgl. Bender (Hrsg.), Tatsachenforschung in der Justiz, in: Reform der Justizreform, Band 1, S. 27 ff.

Wenn man dann noch die Antwort auf die Frage, weshalb kein Rechtsmittel eingelegt wurde, berücksichtigen würde, könnte das genaue Maß der Abhängigkeit zwischen Rechtsmittelverzicht einerseits und der wirtschaftlichen Lage einer Partei andererseits ermittelt werden. Im übrigen hängt die Art und der Umfang der Auswertung vom Ziel der Untersuchung, aber auch von den in der Umfrageaktion gewonnenen Daten ab. Eine abschließende Darstellung der Auswertung ist daher jetzt noch nicht möglich.

2. Kapitel

Vereinbarkeit des Kostenrechts mit dem Grundgesetz

Die Frage der Vereinbarkeit des Kostenrechts mit dem Grundgesetz beschäftigte schon wiederholt die Obergerichte¹. In jüngster Zeit taucht sie auch immer häufiger in juristischen Abhandlungen auf². Während jedoch das BVerfG (a) die Verfassungsmäßigkeit des Kostenrechts durchwegs bejaht, überwiegen in der Literatur (b) die kritischen Stimmen.

Zu a:

Die Hüttenwerke Siegerland AG³ und die Dortmund - Förder Hüttenunion AG hatten einen Organschaftsvertrag geschlossen, der von der Hauptversammlung der Siegerland AG am 29.3.1963 genehmigt wurde. Eine Kleinaktionärin erhob gegen den Beschluß Anfechtungsklage. Der Streitwert wurde auf 500.000 DM festgesetzt. Wegen des Kostenrisikos von cirka 55.000 DM ließ die Klägerin Versäumnisurteil gegen sich ergehen, das sie mit einer Verfassungsbeschwerde angriff. Zur Begründung führte sie aus, das für sie untragbare Kostenrisiko

-
1. Z.B. BVerfGE 9, 124; BVerfGE 10, 264 (hinsichtlich der Zulässigkeit der Vorschußpflicht im verwaltungsgerichtlichen Verfahren); OLG Celle, NJW 1964, 1527; OLG München, NJW 1967, 1666.
 2. Däubler, BB 1969, 549; Erdsiek, NJW 1964, 912; Fechner, JZ 1969, 349; Koebel, NJW 1964, 492; Schneider, Jura 1971, Heft 1, 57; Geetzen, ZRP 1971, 35. Vor kurzem war das Kostenrisiko auch Thema zweier Anfragen im Bundestag (Recht, Information des Bundesministers der Justiz, 28. Februar 1974, Seite 30 f).
 3. Die folgenden Angaben beruhen auf Däubler, BB 1969, 549.

verstoße gegen das Rechtsstaatsprinzip und die Rechtsweggarantie. Durch die willkürliche Schlechterstellung der schwachen Partei werde der Gleichheitsgrundsatz verletzt. Schließlich sei das durch Art. 103 Abs. 1 GG garantierte rechtliche Gehör nicht gewährt. Der zuständige Richterausschuß des BVerfG lehnte die Annahme der Beschwerde wegen offensichtlicher Unbegründetheit (§ 93 a BVerfGG) durch (nicht veröffentlichten) Beschluß ab. Eine eingehende Begründung ersparte er sich (§ 93 a Abs. 5 BVerfGG).

In verschiedenen Entscheidungen ⁴ hatte das BVerfG zwar festgestellt, der Gleichheitssatz gebiete in Verbindung mit der Sozialpflicht des Staates eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten im Bereich des Rechtsschutzes. Es meinte aber, eine vollständige Chancen- und Waffengleichheit sei schon wegen des Kostenrisikos nicht erreichbar ⁵. Dem Kernproblem der Verfassungsmäßigkeit eines solchen Kostenrechts ging das Gericht jedoch aus dem Weg.

Auf derselben Linie liegen auch seine jüngeren Äußerungen zu dieser Frage. In einem neueren Beschluß ^{5a} zieht er sich schließlich auf die vage Formulierung zurück, die Chancengleichheit müsse nur "hinreichend" gewährleistet sein.

Zu b:

Interessanter sind die Meinungen in der Literatur: Pastor ⁶ und Borck ⁷ halten es für etwas ganz Normales, daß jemand von einer Rechtsverfolgung oder -verteidigung

4. BVerfGE 9, 124 (Leitsatz 2);
BVerfGE 10, 264 (270); BVerfGE 22, 83 (86).

5. BVerfGE 9, 124 (130).
5a. BVerfGE 22, 349 (357).

6. WRP 1964, 182 (183).
7. WRP 1964, 398 (401).

absieht, weil ihm das Kostenrisiko zu hoch erscheint. Die Frage eines Konflikts mit dem Grundgesetz stellt sich für sie überhaupt nicht.

Koebel⁸ fordert zwar wie das BVerfG eine weitgehende Angleichung der Situation von arm und reich. Er glaubt diesem Postulat aber durch eine großzügige Armenrechtsbewilligung gerecht werden zu können.

Erdsiek⁹ meint, die hohen Streitwerte im Bereich des Warentests streiften an verfassungsrechtliche Bedenken. Zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit kann er sich aber offensichtlich nicht durchringen.

Anders Däubler, Fechner, Seetzen und Schneider¹⁰: Wenn sich das Kostenrisiko als Rechtswegsperre auswirke, so liege darin ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip. Auch Art. 3 GG werde verletzt.

Sowohl das BVerfG als auch die oben zitierten Autoren gehen - trotz teilweise unterschiedlichem Ergebnis - vom richtigen Ansatzpunkt aus. Die Beweiskraft ihrer Aussagen leidet aber notwendigerweise an der Kürze der Ausführungen. Es soll deshalb im folgenden der Versuch gemacht werden, das Kostenrecht eingehend auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu überprüfen. Es wird zu messen sein an allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzipien, an einer im Grundgesetz enthaltenen Justizgarantie und an Art. 3 Abs. 1 GG.

8. NJW 64, 392.

9. NJW 64, 912.

10. Oben N. 2.

Die verfassungsrechtliche Problematik des Kostenrechts wird jetzt auch von Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973 berührt.

I. Kostenrisiko und allgemeine verfassungsrechtliche Prinzipien

1. Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit

a) Inhalt und Umfang

Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit gehören zu den wichtigsten Prinzipien öffentlichrechtlichen Handelns¹¹. Ja, sie sind Ausfluß einer vom Leben selbst entwickelten Erkenntnis. Wenn der Volksmund das Wort geprägt hat: "mit Kanonen auf Spatzen schießen", so meint er damit nur, daß jedes Mittel in einem vernünftigen Verhältnis zum erstrebten Erfolg stehen muß.

Der Begriff der Verhältnismäßigkeit ist als Maßstab einer Mittel-Zweck Relation in der Hauptsache sachbezogen; die Zumutbarkeit berücksichtigt dagegen eher persönliche Momente. Der spezifische Inhalt beider Grundsätze hängt vom jeweiligen Rechtsgebiet ab. Im Bereich der hier interessierenden Leistungs- und Vorsorgeverwaltung besagen sie folgendes: Zwischen Leistung und Gegenleistung (sc. in Form von Gebühren) muß ein richtiges Verhältnis bestehen¹². Alle den Staatsbürger treffenden Nachteile dürfen nicht in einem groben Mißverhältnis zu seinen Vorteilen stehen. Anders ausgedrückt: Sinn und Zweck einer öffentlichen Einrichtung dürfen nicht durch die Hintertür übermäßiger Gebühren ausgehöhlt werden.

11. Vgl. OLG München, NJW 1967, 1666, das insoweit von einem "Verfassungsgrundsatz" spricht. Der Begriff Verhältnismäßigkeit wurde ursprünglich nur im Polizeirecht verwendet. Heute gilt er im gesamten Bereich der Eingriffs- und Vorsorgeverwaltung (Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, 24).

12. BVerwGE 2, 246 (249).

b) Gebot der Verfassung

Die Themenstellung gebietet es, vor jeder weiteren Untersuchung die Frage der verfassungsrechtlichen Garantie dieser Grundsätze aufzuwerfen.

Zwar werden die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit im GG nicht ausdrücklich erwähnt, sie lassen sich aber unschwer aus Art. 19 Abs. 2 GG ableiten ¹³.

Die wahre Bedeutung des Art. 19 Abs. 2 GG erschließt sich einem erst, wenn man ihn im Zusammenhang mit dem Wertsystem des Grundgesetzes sieht:

In jedem Gemeinwesen herrscht ein Dualismus zwischen dem Freiheitsstreben des Individuums und der obrigkeitlichen Machtausübung. Je nachdem, ob die Freiheit des Bürgers mehr bedeutet als die Effizienz der Staatsgewalt, ob also der Staat dem Bürger dient oder die Bedürfnisse des Bürgers dem Staatsinteresse untergeordnet werden, kann man von einem liberalen Rechtsstaat oder einem totalitären Staat sprechen ¹⁴. Das Grundgesetz hat sich eindeutig für die erste Alternative entschieden. In Art. 1 GG bekennt es sich zur unantastbaren Würde des Menschen. Es gewährt ihm Grundrechte, die nur in eng begrenzten Fällen eingeschränkt werden können. In ihrem Wesensgehalt dürfen sie niemals ange-tastet werden (Art. 19 Abs. 2 GG). Das heißt also: Art. 19 Abs. 2 GG bildet die äußerste Grenzlinie staatlicher Eingriffe. Er enthält eine Entscheidung zwischen

13. Für den Begriff der Verhältnismäßigkeit:

BVerfG, BvV 71, 129 (1971);

Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 115 zu Art. 20; Dürig, AöR 81, 146 f. A.A. freilich Krüger, DÖV 1955, 597 (598). Das OLG München (NJW 1967, 1666) legt sich nicht eindeutig fest. Es meint nur, die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit seien aus dem Grundrechtsteil des GG herzuleiten.

14. Zur Abgrenzung eines totalitären Staates von einem liberalen Staat vgl. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, 1971, § 19.

Individualrechten einerseits und staatlicher Macht andererseits. Für den einzelnen Bürger macht es aber keinen großen Unterschied, ob sein Recht total be-
seitigt oder nur in unzumutbarer Weise eingeschränkt wird. Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit sind als
Entscheidungsrichtlinien für die Zulässigkeit staat-
licher Machtentfaltung gegenüber dem einzelnen also
Bestandteil des Art. 19 Abs. 2 GG ¹⁵.

c) Anwendbarkeit auf das Kostenrecht

Die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Zumutbar-
keit gelten auch im Kostenrecht ¹⁶. Zwar zählt die Ge-
richtsbarkeit nicht zur Verwaltungstätigkeit im eigent-
lichen Sinn, doch können hinsichtlich der Kosten keine
Unterschiede gemacht werden: Die Gerichtsgebühren sind
ihrer Rechtsnatur nach Abgaben des Bürgers für die In-
anspruchnahme von Gerichten ¹⁷, d.h. Verwaltungsgebühren.
Wenn es sich bei den Anwaltsgebühren auch nicht um öf-
fentlichrechtliche Gebühren, sondern um eine taxmäßige
Vergütung ¹⁸ für anwaltsschaftliche Dienstleistungen
handelt, so müssen dafür doch die gleichen Grundsätze
gelten wie für staatliche Gebühren, und zwar aus mehr-
eren Gründen:

-
15. Menger, Recht und Staat, Heft 173, 24 ff will den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit offenbar aus dem Sozialstaatsprinzip ableiten.
 16. OLG München, NJW 1967, 1666.
 17. Lauterbach, Kostengesetze, 16. Auflage, Einl. II, B, 1, A; Blomeyer, Zivilprozeßrecht, 1963, § 129, I, 1, a; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Auflage, § 86, II, 1.
 18. Erman-Küchenhoff, BGB, 5. Auflage, Rdnr. 73 zu § 612; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB, 10. Auflage, Rdnr. 9 zu § 612; Staudinger-Mohnen, BGB, 11. Auflage, Rdnr. 27 zu § 612; Palandt-Putzo, BGB, 33. Auflage, 3, a zu § 612.
Das RG (JW 1938, 945) war dagegen der Ansicht, die GebO für Rechtsanwälte sei keine Taxe i.S. des § 612 BGB, da sie eine öffentlichrechtliche Rege-
lung darstelle.

Die Taxe ist durch einen Akt des Gesetzgebers festgesetzt. Für eine freie Vereinbarung der Vergütung anwaltschaftlicher Bemühungen bleibt daneben kaum noch Raum. Einer Gebührenermäßigung stehen zumindest standesrechtliche Grundsätze entgegen. Hinzukommt ein Anwaltszwang vor allen höheren Gerichten (§ 78 ZPO). Wenn aber der Staat die Selbsthilfe verbietet, wenn er die Durchsetzung eines Rechts von einem vorherigen Prozeß abhängig macht und wenn er teilweise einen Anwaltszwang anordnet, dann muß er auch die zum Schutz des Bürgers vor staatlicher Willkür entwickelten Grundsätze beachten.

Wann im einzelnen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit durch eine Kostenbelastung verletzt sind, ist eine schwierige Wertungsfrage. Sie werden zumindest dann verletzt, wenn sich die Kosten bei einem wirklichen Streit von 1.000 DM auf 67.000 DM belaufen ¹⁹.

Im übrigen wird mit dieser Frage das weite Feld des Verhältnisses des gesetzgeberischen Ermessens zur Normenkontrolle berührt: Hat der Gesetzgeber beim Erlaß eines Gesetzes einen Ermessensspielraum, und wo liegen seine Grenzen? Sind diese Grenzen identisch mit der Verwerfungskompetenz des Verfassungsgerichts? Umfaßt die Normenkontrolle auch eine Überprüfung des gesetzgeberischen Ermessens, oder beschränkt sie sich auf die Überwachung bloß äußerster Grenzen?

19. Vgl. 1. Kapitel, I, 1, b, α , aa.

2. Gesetzgeberisches Ermessen²⁰ und Normenkontrolle

a) Das gesetzgeberische Ermessen als Ausfluß des Gewaltenteilungsprinzips

Der Begriff Ermessen stammt aus dem Verwaltungsrecht. Ob die im Verwaltungsrecht entwickelte Ermessenslehre jedoch schlechthin auf das gesetzgeberische Ermessen übertragen werden kann, ist noch nicht eindeutig geklärt. Stellt man auf die unmittelbare Grundrechtsbindung sowohl der Gesetzgebung als auch der Verwaltung ab, so dürften sich keine wesentlichen Unterschiede ergeben²¹.

Legt man dagegen größeren Wert auf den jeweiligen Inhaber und die demokratische Legitimation des Gesetzgebers, so wäre das gesetzgeberische Ermessen ein aliud im Verhältnis zum Verwaltungsermessen²².

Als gesichert darf aber gelten: Das gesetzgeberische Ermessen ist Ausfluß des Gewaltenteilungsprinzips. Im demokratischen Staat stehen sich bekanntlich Legislative, Exekutive und Judikative gegenüber. Alle drei Gewalten hemmen und ergänzen sich zwar gegenseitig, letztlich darf aber keine in den Bereich der anderen hinübergreifen.

20. Die Terminologie ist nicht einheitlich. Das BVerfG verwendet die verschiedensten Ausdrücke, etwa "gesetzgeberisches Ermessen" (BVerfGE 1, 279), "Ermessensentscheidung des Gesetzgebers" (BVerfGE 4, 41), "Gesetzgebungs-ermessen" (BVerfGE 7, 404), "freies Ermessen" (BVerfGE 4, 155), "Ermessensfreiheit" (BVerfGE 7, 317 f), "gesetzgeberische Freiheit" (BVerfGE 8, 148), "Beurteilungsspielraum" (BVerfGE 8, 23), u.a.

21. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 122 zu Art. 20.

22. FuB, JZ 1959, 329 (331).

Aufgabe der Legislative ist es, Gesetze zu erlassen. Das heißt: Der Gesetzgeber hat es in der Hand, ob er überhaupt für bestimmte Fragen eine gesetzliche Regelung herbeiführen und wie er die jeweiligen Normen fassen soll. Diese gesetzgeberische Freiheit pflegt man als Ermessen zu bezeichnen.

Ermessen ist also "das rechtlich begründete Vermögen, bei Ausübung hoheitlicher Befugnisse zwischen mehreren Verhaltensweisen nach eigenem Abwägen wählen zu können ²³".

Die konkrete Ermessensentscheidung kann vom Gericht nicht überprüft werden. Der Richter darf sein Ermessen nicht an die Stelle des Ermessens des Gesetzgebers setzen. Die Gerichte haben nur darüber zu wachen, daß das Recht nicht verletzt wird, das heißt, daß sich die Legislative innerhalb ihres Ermessensspielraums bewegt. Damit kommt der Frage nach den Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens entscheidendes Gewicht zu. Das Kostenrecht könnte nur dann für verfassungswidrig erklärt werden, wenn diese Grenzen überschritten wurden.

b) Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens

Wie Art. 1 Abs. 3 GG zeigt, ist der Gesetzgeber keineswegs absolut frei. Art. 1 Abs. 3 GG stellt aber nicht die alleinige Schranke des gesetzgeberischen Ermessens dar. Über Art. 20 Abs. 3 GG ist die Legislative an die Wertentscheidungen des Grundgesetzes für bestimmte Bereiche der Rechts- und Sozialordnung gebunden ²⁴.

Maunz spricht aus diesem Grunde von einer wertgebundenen Demokratie ²⁵. Zu den Wertentscheidungen des Grundgesetzes gehört auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit

23. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 120 zu Art. 20.

24. Vgl. BVerfGE 6, 55 (71).

25. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 118 zu Art. 20.

von Mittel und Zweck ²⁶.

c) Folgerungen für die Normenkontrolle

Mit der grundsätzlichen Anerkennung von Schranken des gesetzgeberischen Ermessens ist für die ursprüngliche Fragestellung, ob das Kostenrecht mit den Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit vereinbar ist, noch nicht viel gewonnen. Das Problem hat sich nur auf eine andere Ebene verlagert. Auf eine Wertung kann trotzdem nicht verzichtet werden. Soll also die Betonung auf der Freiheit des Gesetzgebers oder auf der Inhaltskontrolle durch die Gerichte liegen? Sollen das gesetzgeberische Ermessen extensiv, seine Grenzen aber restriktiv interpretiert werden, oder ist umgekehrt der Ermessensspielraum eng, die Kontrollbefugnis der Gerichte jedoch weit auszulegen?

Das BVerfG favorisiert immer stärker das gesetzgeberische Ermessen ²⁷. Das zeigt schon seine Begriffsbildung. Sprach es in früheren Entscheidungen vom "gesetzgeberischen Ermessen ²⁸" oder von der "Ermessensentscheidung des Gesetzgebers ²⁹", so tauchen in neuerer Zeit Formulierungen auf wie "Freiheit des Gesetzgebers ³⁰", "Entscheidungsfreiheit ³¹" oder "gesetzgeberische Freiheit ³²". Den Schlußpunkt unter diese Entwicklung setzte es mit seinem Urteil vom 16.3.55 ³³, wo vom "freien Ermessen" des Gesetzgebers die Rede ist.

26. Krüger, DÖV 1955, 597 (598): "An dieser Auffassung (sc. der zitierten Gerichte usw.) ist so viel richtig, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch die verfassungsmäßige Tätigkeit des Staates beherrscht."

27. So Hamann, NJW 1955, 969.

28. BVerfGE 1, 265 (279).

29. BVerfGE 4, 31 (41).

30. BVerfGE 4, 115 (135).

31. BVerfGE 6, 273 (280).

32. BVerfGE 8, 143 (148).

33. NJW 55, 625.

Inhaltlich hat das BVerfG die Überprüfung beschränkt auf die Überwachung äußerster Grenzen ⁷⁴:

"... nur die Einhaltung dieser äußersten Grenzen der gesetzgeberischen Freiheit ist vom Bundesverfassungsgericht nachzuprüfen ³⁵". Nur dann, wenn überhaupt kein sachlicher Grund für eine gesetzliche Regelung zu finden ist, soll das betreffende Gesetz für verfassungswidrig erklärt werden können.

Ähnlich äußert sich auch die Literatur ³⁶. Bachof ³⁷ fordert sogar, die Verfassungsgerichte sollten bei der Beurteilung von Gesetzen noch größere Zurückhaltung in der Interpretation der Verfassung üben. Diese starke Betonung der gesetzgeberischen Freiheit ist indes nicht ungefährlich. Damit rückt das BVerfG in gefährliche Nähe zur früheren Lehre von der "Selbstherrlichkeit der Gesetzgebung" ³⁸.

Das Bonner GG hat aber bewußt von der gesetzgeberischen Selbstherrlichkeit Abschied genommen. Erinnerung sei nur an Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG. Beide Artikel sind Fundamentalnormen unserer Verfassung. Das heißt: Der Gesetzgeber soll nicht prinzipiell frei, sondern prinzipiell gebunden sein. Die Bundesrepublik ist also weniger ein Legislativ- als ein Justizstaat.

34. Vgl. beispielsweise:

BVerfGE 1, 14 (52);

BVerfGE 3, 58 (135);

BVerfGE 9, 20 (28).

35. BVerfGE 9, 334 (337).

36. Z.B. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 69 und 118 zu Art. 20.

37. VVDStRL 12, 47 (44).

38. Das wirft vor allem Hamann (NJW 1955, 970) dem BVerfG vor. Kritisch zur Lehre von der "Selbstherrlichkeit der Gesetzgebung" äußert sich auch Scheuner in: Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 91, Fußnote 64.

Hinzukommt, daß das Grundgesetz nicht wie die Weimarer Reichsverfassung Rechte und Freiheiten nur "nach Maßgabe der Gesetze" verleiht³⁹. Der Gesetzgeber ist auch bei einer an und für sich zulässigen Einschränkung der Grundrechte durch einfaches Gesetz an die Wertentscheidung der Verfassung gebunden⁴⁰. Niemals aber darf das einfache Gesetz zum verbindlichen Inhalt einer Aussage der Verfassung gemacht werden⁴¹.

Im übrigen unterscheidet das BVerfG nicht exakt zwischen gesetzgeberischem Ermessen und der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe:

Ein vom Verfassungsgericht nicht nachprüfbares Ermessen kann dem Gesetzgeber nur dort eingeräumt sein, wo rechtlich gleichwertige Alternativen zur Wahl stehen. Gleichwertig können aber nur solche Alternativen sein, die Verfassungsnormen nicht nur nicht gröblich verletzen, sondern überhaupt nicht im Gegensatz zu ihnen stehen. Die Entscheidung darüber, wann die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit durch ein Gesetz tangiert werden, ist aber eine vom Verfassungsgericht überprüfbare Rechtsfrage. Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit sind nämlich unbestimmte Rechtsbegriffe.

Zwar wird in der Literatur die Meinung vertreten⁴², es gebe bei der Subsumtion unter unbestimmte Rechtsbegriffe einen vom Gericht unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum.

39. Vgl. Art. 128 Abs. 1, 151 Abs. 3, 152 Abs. 1, 154 Abs. 1 WV.

40. Das BVerfG nimmt seit dem Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198 ff) in ständiger Rechtsprechung eine Güterabwägung vor.

41. Es ist das Verdienst Leisners, eindringlich auf die Gefahren hingewiesen zu haben, die der Verfassung drohen, wenn der Inhalt der Verfassung aus Normen des niederrangigen Gesetzesrechts gewonnen wird (Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, in: Recht und Staat, Heft 286, 287, insbes. S. 5).

42. Bachof, JZ 1955, 98 (99); Ule, VVDStRL 15, 133 (168 ff).

Doch kann das nur für Fälle höchstpersönlicher Werturteile gelten ⁴³.

Bleibt also nur noch die Frage, ob die im Verwaltungsrecht entwickelte Lehre von unbestimmten Rechtsbegriffen und Beurteilungsspielraum auf die höhere Ebene der Gesetzeskontrolle übertragen werden kann oder ob der Gesetzgebung im Verhältnis zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle mehr Freiheit zuzubilligen ist als der Verwaltung gegenüber den Verwaltungsgerichten. Die starke Betonung der Verfassungsgerichtsbarkeit im GG ⁴⁴ und die Bindung des Gesetzgebers lassen es geraten erscheinen, die Frage im ersteren Sinne zu beantworten.

3. Ergebnis

Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit sind in Art. 19 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich garantiert. Ihre Geltung erstreckt sich auch auf das Prozeßkostenrecht. Das hat zur Folge, daß die Höhe der Kosten nicht in einem groben Mißverhältnis zu dem Vorteil, eine verbindliche gerichtliche Entscheidung zu erlangen, stehen darf.

Wie bereits erwähnt ⁴⁵, besteht aber nicht selten zwischen Kostenrisiko und dem Interesse der Parteien an einer gerichtlichen Entscheidung ein unausgewogenes Verhältnis. Es sei nur daran erinnert, daß bei niedrigen Streitwerten die Kosten den Wert des Streitgegenstandes "auffressen", ja oft bei weitem übertreffen. Nicht ver-

43. Zu der Frage, wann Beurteilungsspielräume anzuerkennen sind: BVerwGE 26, 65 (74) mit weiteren Nachweisen.

44. Vgl. den umfangreichen Katalog des Art. 93 GG.

45. Vgl. 1. Kapitel, II, 1.

gessen werden soll auch der Beschluß des OLG Frankfurt vom 28.4.1970 ⁴⁶, in welchem entschieden wurde, der Streitwert (und damit auch die Kosten) einer Klage auf Auflassung eines Grundstücks richte sich selbst dann nach dem Wert des Grundstücks, wenn die Auflassung an sich unstreitig sei, Streit jedoch über das Bestehen einer Gegenforderung herrsche.

Problematisch ist nur, welche Folgerungen daraus für die Frage der Verfassungsmäßigkeit des derzeitigen Kostenrechts zu ziehen sind. Schließt man sich der Rechtsprechung des BVerfG zum Verhältnis des gesetzgeberischen Ermessens zur Normenkontrolle an, dann taucht diese Frage allerdings nur in den Fällen eines geradezu unerträglichen Mißverhältnisses zwischen dem Interesse einer Partei an einer gerichtlichen Entscheidung und dem Kostenrisiko auf. Überzeugender ist aber die oben dargelegte Ansicht, daß das gesetzgeberische Ermessen stärker eingeschränkt werden muß. Danach ist ein Verstoß gegen die Verfassung schon dann gegeben, wenn das Kostenrisiko im Vergleich zum erstrebten Vorteil (sc. eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung zu erhalten) unverhältnismäßig ist.

Eines dürfte feststehen: Verfassungswidrig sind nicht bestimmte einzelne Normen des Kostenrechts. Denn in vielen Prozessen führt das Kostenrecht zu Ergebnissen, die durchaus nicht mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit in Widerspruch stehen. Verfassungsrechtlich problematisch ist nur die Anwendung der verschiedenen einschlägigen Kostenrechtsregelungen in manchen Fällen, wenn beispielsweise der Streitwert sehr niedrig ist und deshalb die Prozeßkosten unverhältnismäßig hoch sind.

46. Rpfleger 1970, 354 f.

Wenn die konsequente Anwendung der in Frage kommenden kostenrechtlichen Normen in einem Prozeß aber zu einer Kostenbelastung führen würde, die den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit widerspräche, hat das zur Folge: Entweder können die betreffenden Kostenrechtsregelungen so verfassungskonform ausgelegt werden, daß das Kostenrisiko bzw. die Kostenlast nicht unverhältnismäßig wird (vgl. dazu 3. Kapitel, II, 3, a, α) oder die Anwendung der Kostenrechtsnormen ist in diesem konkreten Fall verfassungswidrig. Eine strikt wörtliche Anwendung der einschlägigen Kostenrechtsnormen wäre also auf jeden Fall nicht möglich. Das heißt also: Ohne daß die Frage der verfassungskonformen Auslegung bereits jetzt entschieden werden müßte, kann festgestellt werden, daß es Fälle geben kann, wo die strikt wörtliche Anwendung des Kostenrechts der Verfassung widerspricht.

II. Kostenrisiko und Justizgarantie

Verfassungsrechtlich bedenklich ist das Kostenrecht auch insoweit, als es sich als faktische Rechtswegsperre erweist. Vergewenwärtigt man sich das Wertsystem des Grundgesetzes, so ist man zumindest leicht irritiert. Sollten die hehren Worte von Freiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG), Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), vom offenstehenden Rechtsweg (Art. 19 Abs. 4 GG) und vom Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) im Endergebnis nichts weiter sein als bloßer Schall?

Unter Berücksichtigung der Problemstellung ist die Untersuchung auf zwei Punkte zu erstrecken:

Zunächst muß geklärt werden, ob das Grundgesetz überhaupt eine allumfassende Rechtsweggarantie enthält. Anschließend ist der Frage nachzugehen, ob diese Garantie eine abstrakt formale oder eine konkret materielle Berechtigung verleiht.

1. Justizgarantie durch das GG

a) Art. 19 Abs. 4 GG

Denkt man an Justizgarantie, so fällt der Blick unwillkürlich auf Art. 19 Abs. 4 GG, der sagt: Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.

Wesen und Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG haben in der juristischen Literatur eine eingehende Würdigung gefunden⁴⁷. In jüngster Zeit setzten sich Kirch⁴⁸ und Dütz⁴⁹ mit ihm unter dem Aspekt eines allgemeinen gerichtlichen Rechtsschutzes auseinander. Trotzdem ist im einzelnen noch manches umstritten. Zum Teil⁵⁰ wird die Auffassung vertreten, Art. 19 Abs. 4 GG enthalte eine allumfassende Rechtsweggarantie. Richtiger dürfte aber die Lösung sein, die Kirch und Dütz vorschlagen:

-
47. Aus dem Schrifttum zu Art. 19 Abs. 4 GG:
 Bachof, Rechtsweg gegen Rügebescheid des Anwaltskammervorstandes, DÖV 1965, S. 129 ff;
 Bötticher, Anm. zu BAG, AP, § 242 BGB, Prozeßverwirkung;
 Brückler, Rechtsweg bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Verträge, DRiZ 1964, 372 f;
 Klein, Rechtsweg und Justizverweigerung, JZ 1963, S. 591 ff;
 Klein, Die Tragweite der Generalklausel des Art. 19 Abs. 4 GG, VVDStRL, Heft 8, 67 ff;
 Renck, Die Rechtsmittel gegen Verwaltungsvollstreckungsakte, NJW 1966, S. 1247 ff;
 Renck, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, JuS 1966, S. 273 ff;
 Ule, Rechtsweggarantie, Evang. Staatslexikon, 1966, Sp. 1776 ff.
48. Kirch, Das subjektive öffentliche Recht auf Anrufung der staatlichen Gerichte, Diss., 67, 27 ff.
49. Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 71 ff.
50. Bötticher, oben N. 47.

Den weiten Formulierungen des Art. 19 Abs. 4 GG ist zwar zu entnehmen, daß jede natürliche oder juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts zur Anrufung eines staatlichen Gerichts berechtigt sein soll, wenn sie sich "durch einen Akt der Verwaltung, der Rechtssetzung oder durch einen nicht unanfechtbaren richterlichen Akt in irgendeinem ihrer Rechte" verletzt fühlt ⁵¹. Art. 19 Abs. 4 GG bezieht sich aber nicht auf Rechtsverletzungen durch Privatpersonen. Denn legt man den Begriff der "öffentlichen Gewalt" im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG auch noch so weit aus, so paßt er doch nicht für das Verhältnis zweier Individuen zueinander.

Wollte man Art. 19 Abs. 4 GG lediglich als positiv geregelten Ausschnitt eines im übrigen auch so geltenden vorkonstitutionellen oder verfassungsimmanenten Rechts ansehen, dann wäre zwar ein solches Recht Rechtsgrund einer allgemeinen Justizgarantie, nicht aber Art. 19 Abs. 4 GG.

b) Art. 17 GG

Art. 17 GG verleiht das Recht, sich schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden.

Der Ausdruck "Bitten und Beschwerden an die zuständigen Stellen" ist so unbestimmt und vage, daß man annehmen könnte, er enthalte auch eine Justizgarantie. Eine solche Auslegung würde aber das Wesen und die Bedeutung des Art. 17 GG verkennen. Art. 17 GG ist Grundlage des Petitionsrechts. Das Petitionsrecht ist aber

51. Kirch, oben N. 48, Seite 62.

ein Recht eigener Art, das jedermann die Möglichkeit gibt, seine vermeintlichen Rechtspositionen auch außerhalb eines Gerichtsverfahrens den dafür zuständigen staatlichen Instanzen vorzutragen⁵². Bitten und Beschwerden, die ihrer Rechtsnatur nach Klagen sind, deckt es nicht.

c) Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

Gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Inhalt und Wesen dieses Verfassungsgrundsatzes sind bis heute noch nicht hinreichend geklärt.

Man hat teilweise die Meinung vertreten, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sei ein besonderes Strukturprinzip unserer Rechtsordnung. Als solches garantiere es institutionell einen Rechtsweg⁵³.

Demgegenüber interpretiert die Rechtsprechung⁵⁴ und h. M.⁵⁵ Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG - meines Erachtens zu Recht - enger. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG soll lediglich eine gesetzliche Zuständigkeitsordnung normieren. Diese Meinung wird durch den Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, durch die Entstehungsgeschichte und die Materialien zum Grundgesetz untermauert:

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG spricht unmißverständlich von einem Entzug des gesetzlichen, d.h. des gesetzlich zuständigen Richters. Ob ein Rechtsweg offensteht, ist eine davon unabhängige Vorfrage.

52. Dütz, oben N. 49, Seite 69.

53. Arndt, JZ 1956, 633;
 Buchholz, DVBl. 1952, 361 (362);
 Heidenhain, DÖV 1969, 269 (273);
 Joachim, DRiZ 1965, 181 (186).

54. Z.B. BVerfG, BVerfGE 13, 132 (144).

55. Bötticher, ZZP 51, 201 (228);
 Klein, JZ 1963, 591 (592).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entspricht dem § 16 GVG und Art. 105 WV. Die Bedeutung des Art. 105 WV beschränkte sich aber unbestrittenermaßen auf das Verbot einer willkürlichen Verschiebung der für die Gerichte geltenden Zuständigkeitsordnung ⁵⁶.

Die Väter des Grundgesetzes erhoben diesen Grundsatz zwar in den Rang eines Grundrechts, wollten ihn aber inhaltlich nicht abändern. Aufschlußreich ist die Begründung, die im Herrenchiemseer Entwurf dem Abschnitt über die Rechtspflege vorangestellt wurde. "Eine unabhängige, unpolitische und rein sachlich eingestellte Rechtspflege ist ein besonders wichtiges Erfordernis und zugleich eine unentbehrliche Bürgschaft des Rechtsstaates Zum Teil handelt es sich darum, alte bewährte Grundsätze (Anspruch auf den gesetzlichen Richter ...) wieder zu Ehren kommen zu lassen ⁵⁷."

d) Art. 103 Abs. 1 GG

Baur ist der Hauptverfechter der Richtung, die in Art. 103 Abs. 1 GG einen Justizgewährungsanspruch sieht ⁵⁸. In einer breit angelegten Abhandlung über dieses Thema argumentiert er folgendermaßen:

Dem Verbot der privaten Selbsthilfe müsse in einem nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordneten Staat eine öffentlichrechtliche Justizgewährungspflicht des Staates gegenüberstehen. Der Wortlaut des Art. 103 Abs. 1 GG schließe eine solche Deutung keinesfalls aus. Da er nicht auf die Gewährung des beiderseitigen Gehörs ab-

56. Dütz, oben N. 49, Seite 73.

57. Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen: Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, München 1948, Seite 56.

58. AcP 153, 394 (398).

stelle, mache er klar, daß er auch das Recht auf Anrufung des Gerichts umfasse. Schließlich verweist Baur noch auf die Entstehungsgeschichte. Mit Art. 103 GG sollten Mißstände wie zur NS-Zeit verhindert werden. Mißbräuchlich sei aber weniger die Versagung des rechtlichen Gehörs in einem bereits anhängigen Verfahren als die Sperrung des Rechtswegs selbst gewesen. Nur eine solche Auslegung werde dem Anliegen der Freiheit gerecht. Das zeige ein Vergleich mit Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten⁵⁹, der die Bundesrepublik beigetreten sei⁶⁰. Art. 6 EMRK und Art. 103 GG verfolgten offenbar den gleichen Zweck.

Baurs Auslegung dürfte jedoch zu weit gehen⁶¹. Sollte Art. 103 Abs. 1 GG auch den Zugang zu einem Gericht garantieren, so wäre diese Vorschrift wegen der dann grundsätzlichen Bedeutung eher zu Beginn des Abschnitts über die Rechtsprechung oder im Grundrechtskatalog zu erwarten gewesen. Zum anderen ist die Beteiligung in einem anhängigen Verfahren in Form eines rechtlichen Gehörs ein ganz anderes Problem als der Zugang zum Gericht. Wollte man den Begriff des rechtlichen Gehörs auf beides ausdehnen, müßte man zwei höchst unterschiedliche Fragen unter einen Begriff pressen.

59. Art. 6 EMRK: "Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischem auf Gesetz beruhendem Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat."

60. BGBl. 1952 II, 685.

61. Das nimmt auch Dütz, oben N. 49, Seite 76 an. Lerche ZZP 78, 1 (7 f) meint, gerade weil Art. 19 Abs. 4 GG nur Schutz gegenüber Akten der öffentlichen Gewalt gewähre, sei anzunehmen, daß das Grundgesetz einen lückenlosen Rechtsschutz nicht garantiere.

e) Art. 2 Abs. 1 GG

Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 Abs. 1 GG). Diese Verheißung steht vor und über dem Grundgesetz. Was aber bedeutet "freie Entfaltung seiner Persönlichkeit" im konkreten Einzelfall? Ist damit, wie Fechner⁶² und Däubler⁶³ meinen, auch eine Entfaltung mit Hilfe eines Gerichts gemeint?

Das Recht auf Anrufung eines Gerichts ist untrennbar mit der staatlichen Anerkennung der Einzelpersönlichkeit verbunden⁶⁴, es ist sogar ihre unabdingbare Voraussetzung⁶⁵.

Trotzdem wird es von Art. 2 Abs. 1 GG nicht mitumfaßt. Das Anrufungsrecht gehört nicht zum status negativus, sondern zum status positivus des Bürgers⁶⁶. Art. 2 Abs. 1 GG ist jedoch das Auffangrecht des status negativus schlechthin. Als Hauptfreiheitsrecht dient er der Abwehr staatlicher Eingriffe in die Sphäre des Individuums (status negativus). Er begründet aber kein Recht auf staatliche Leistungen (status positivus)^{66a}.

62. JZ 1969, 349.

63. BB 1969, 545 (550).

64. Nikisch, Zivilprozeßordnung, 2. Auflage, § 2, V.

65. Nipperdey in: Enneccerus - Nipperdey, RGR, Allgemeiner Teil, 2. Halbb., § 224, 2.

66. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Neudruck der 2. Auflage von 1919, 1964, Seite 124.

66a. Kirch, Das subjektive öffentliche Recht auf Anrufung der staatlichen Gerichte, Diss., 1967, S. 92.

f) Rechtsstaatsprinzip

α) Verankerung des Rechtsstaatsprinzips im GG

Die Bundesrepublik ist nach dem Willen des Grundgesetzes ein Rechtsstaat. Zwar taucht der Begriff Rechtsstaat nur beiläufig in Art. 28 GG auf, wo davon die Rede ist, die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern müsse den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen. Das Rechtsstaatsprinzip gehört jedoch zu den Leitideen des Grundgesetzes, die infolge ihrer Selbstverständlichkeit nicht ausdrücklich normiert wurden, deren Ausprägungen aber an verschiedenen Stellen ihren Niederschlag fanden ⁶⁷. Zu den wichtigsten Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips zählen Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 19 Abs. 4 GG und nicht zuletzt der umfangreiche Grundrechtskatalog ⁶⁸.

β) Rechtsstaat und Justizgarantie

Obwohl das Rechtsstaatsprinzip allgemein anerkannt wird, ist seine Bedeutung noch nicht erschöpfend geklärt ⁶⁹. Insbesondere gehen die Meinungen darüber

67. BVerfGE 2, 380 (403).

68. BVerfG, oben N. 67;

Maunz-Dürig-Herzog, GG, IV, 1 zu Art. 20.
69. Kirch, Das subjektive öffentliche Recht auf Anrufung der staatlichen Gerichte, Diss., 1967, Seite 98.

auseinander, ob das Rechtsstaatsprinzip auch eine Justizgarantie enthält ^{69a}.

Das BVerfG hat zu dieser Frage noch nicht eindeutig Stellung bezogen. In dem bereits zitierten Urteil vom 1.7.53 ⁷⁰ hat es sich auf den Standpunkt gestellt, das Rechtsstaatsprinzip enthalte als wesentlichen Bestandteil die Gewährleistung der Rechtssicherheit; diese verlange nicht nur einen geregelten Verlauf des Rechtsfindungsverfahrens, sondern auch einen Abschluß, dessen Rechtsbeständigkeit gesichert sei. Ein anderes Mal ⁷¹ meinte es eher beiläufig, das Rechtsstaatsprinzip verlange nicht einen für jede Rechtsstreitigkeit ausnahmslos offenstehenden Rechtsweg.

Baur ⁷², Däubler ⁷³ und Fechner ⁷⁴ bejahen dagegen eine Justizgarantie: Wenn der Staat schon ein Streitentscheidungsmonopol besitze, müsse er auch Rechtsschutz durch sachlich und persönlich unabhängige Richter gewähren.

-
- 69a. Vgl. zu den Problemen des Rechtsstaatsprinzips:
 Bertlings, Der Rechtsstaatsgedanke im Bonner Grundgesetz, Diss., Köln 1953;
 Böckenförde, Entstehung und Wandlung des Rechtsstaatsbegriffs, Festschrift für Arndt, 1969;
 Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964;
 Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, Oldenburg 1962;
 Reuß, Freiheit und Bindung der Verwaltung im Rechtsstaat, DVBl. 1959, 533 ff;
 Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, Band 2, 229 ff;
 Schulz-Schäffer, Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland, Versuch einer Theorie des materialen Rechtsstaates, Berlin 1966.
 Ule, Zur Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DVBl. 1963, 475 ff.

70. Oben N. 67.

71. BVerfGE 8, 174 (181).

72. AcP 153, 394 (396).

73. BB 1969, 545 (550).

74. JZ 1969, 349.

Dem Selbsthilfeverbot habe in einem Rechtsstaat ein rechtskraftschaffender Gerichtsschutz gegenüberzustellen.

Allen diesen Stimmen in der Literatur ist gemeinsam, daß sie zu ihrem Ergebnis weniger durch eine exakte Analyse des Rechtsstaatsprinzips als durch eine Wertung gelangen. Typisch für ihre Argumentationsweise ist der stets wiederkehrende Ausdruck "müsse gewähren" oder "müsse gegenüberstehen". Einen Beweis dieses "müssens" bleiben sie schuldig.

Für die Gegenmeinung, die im Rechtsstaatsprinzip keine Justizgarantie erblickt ⁷⁵, lassen sich dagegen an sich Argumente finden. Man kann zumindest auf die früheren deutschen Staaten, insbesondere die Weimarer Republik, verweisen. Obwohl es in der Weimarer Republik noch keine verwaltungsgerichtliche Generalklausel gab, obwohl also für bestimmte Bereiche des öffentlichen Rechts der Weg zum Richter verschlossen blieb, hat - soweit ersichtlich - noch niemand behauptet, die Weimarer Republik sei kein Rechtsstaat gewesen.

Daraus folgt: Die Fragestellung darf nicht lauten, ob das Rechtsstaatsprinzip eine Justizgarantie enthält, sondern konkret, ob das Rechtsstaatsprinzip in der Ausformung, die es im Bonner GG gefunden hat, ein subjektives öffentliches Recht auf Zugang zum Gericht verleiht. Möglicherweise ist nämlich der Begriff des Rechtsstaats wandelbar und abhängig von sonstigen Grundentscheidungen des Verfassungsgebers.

75. Maunz-Dürig-Herzog, GG, RdNr. 92 zu Art. 20; Klein, JZ 1963, 591 (593).

f) Justizgarantie als Postulat des Rechtsstaats

Die Entscheidung des Grundgesetzes zugunsten der Individualrechte ⁷⁶ bezieht sich nicht nur auf das Handeln von Trägern des öffentlichen Rechts. Der Rechtsstaat ist ein politisches Formprinzip ⁷⁷, das auf alle Lebensbereiche ausstrahlt ⁷⁸.

Rechte ohne Rechtsschutz sind aber sinnentleert. Eine Rechtsposition bedarf, soll sie nicht theoretisch bleiben, einer Instanz, die sie verbindlich feststellt, das heißt, eine vollstreckungsfähige rechtskräftige Endentscheidung trifft.

Die Justizgarantie wird damit zum Postulat eines Rechtsstaates, der sich als Schirmherr der Rechte seiner Bürger versteht.

g) Die Bundesrepublik Deutschland - ein Rechtswegstaat

Aus der grundsätzlichen Anerkennung des Primats des Rechts läßt sich streng logisch noch keine Justizgarantie ableiten. Soll die Justizgarantie nicht bloß Postulat, Krönung oder Perfektionierung des Rechtsstaats ⁷⁹ sein, sondern Aktualität, müssen noch weitere Indizien hinzukommen.

Die Väter des Grundgesetzes hatten die schlechten Erfahrungen der NS-Zeit immer vor Augen. Sie wollten mit dem Grundgesetz ein unüberwindliches Bollwerk gegen jede Art staatlicher Willkür schaffen. Deshalb war

76. Vgl. oben, 2. Kapitel, I, 1, b.

77. Scheuner, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. II, 229 (232).

78. Die Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte hat hier ihre Heimat.

79. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 92 zu Art. 20.

innen auch eine unabhängige, unpolitische und rein sachlich eingestellte Rechtsprechung ein besonderes Anliegen ⁸⁰.

Diese Verfassungsintention kommt schon im Aufbau zum Ausdruck: Alle mit der Rechtsprechung zusammenhängenden Fragen wurden in einem besonderen Abschnitt geregelt. Nur Art. 19 Abs. 4 GG wurde in den Grundrechtskatalog eingebaut.

Mit der Wahl des Begriffs "Rechtsprechung" statt "Rechtspflege" sollte die eigenständige Bedeutung der Justiz als dritte Gewalt betont werden.

Wenn das GG in Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt allein den Richtern und Gerichten zuweist und ein Justizmonopol errichtet, überträgt es der Justiz ein gerüttelt Maß an Verantwortung.

Schließlich darf der umfangreiche verfassungsgerichtliche Schutz, insbesondere die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 GG) und die öffentlich-rechtliche Generalklausel des Art. 19 Abs. 4 GG nicht übersehen werden.

Das Rechtsstaatsprinzip muß im Lichte dieser starken Stellung der Justiz gesehen werden.

Daraus ergibt sich: Zwar gewährt das Rechtsstaatsprinzip nicht schon an sich ein Recht auf Rechtsschutz, es enthält aber in der Ausprägung, die es im Bonner Grundgesetz gefunden hat, eine Justizgarantie ^{80a}.

80. Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen: Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, München 1948, Seite 56.

80a. Ebenso Dütz, Rechtsstaatlicher Rechtsschutz im Privatrecht, 1970, 113; Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 8, der insoweit von einem "Justizanspruch" spricht.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Beschränkung des Art. 19 Abs. 4 GG auf Eingriffe durch Träger öffentlicher Gewalt beweise, daß eine allumfassende Justizgarantie im Grundgesetz nicht gewollt sei ⁸¹. Wenn ein Gerichtsschutz gegen staatliche Eingriffe ausdrücklich normiert wurde, so nur deshalb, weil bis in die jüngste Zeit hinein die Möglichkeit einer allgemeinen Kontrolle der Staatsgewalt durch die Justiz bestritten war. Der gerichtliche Privatrechtsschutz wurde dagegen - wenn auch zu Unrecht - als gegeben unterstellt. Es wäre schlechterdings nicht einzusehen, daß das GG das weitergehende Recht auf Rechtsschutz gegenüber staatlicher Gewalt verleihen, eine Justizgarantie im privaten Bereich aber nicht enthalten sollte.

Als Ergebnis bleibt also festzuhalten: Das Grundgesetz enthält eine Justizgarantie ^{81a}. Rechtsgrundlage ist für Rechtsverletzungen durch die öffentliche Hand Art. 19 Abs. 4 GG, für Rechtsverletzungen durch Private das Rechtsstaatsprinzip.

2. Verletzung der Justizgarantie durch das Kostenrisiko

Das Kostenrisiko in seiner Eigenschaft als Rechtswegsperre ist nur dann verfassungswidrig, wenn die Justizgarantie eine konkret materielle, nicht nur eine abstrakt formale Berechtigung verleiht.

81. So aber Lerche, ZZP 78, 1 (7 f).
 81a. Ebenso Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Auflage, § 3, I, die für Justizgarantie den Begriff Justizanspruch verwenden. Rosenberg-Schwab lassen es aber dahingestellt, auf welche Vorschrift des Grundgesetzes der Justizanspruch gestützt werden könne. Siehe zum Justizanspruch auch Stein-Jonas-Pohle, Einl. E, I, 2.

a) Justizgarantie - formales oder materielles Recht

α) Rechtsstaat im Wandel der Zeit

Der Begriff Rechtsstaat taucht erstmals 1829 bei Robert von Mohl auf ⁸². Seine Wurzeln reichen jedoch bis zum Beginn der Neuzeit zurück. Ermuntert durch die Erkenntnisse der Naturwissenschaft wollte der "aufgeklärte" Mensch nur einem über jede menschliche Willkür erhabenen Naturgesetz unterworfen sein. Ihren Abschluß fand diese Entwicklung durch das Auftreten von John Locke und Montesquieu, deren Lehre in der Forderung nach Freiheitsrechten, einer Gewaltenteilung und -hemmung und dem Vorbehalt des Gesetzes gipfelte. In der Mitte des 19. Jahrhunderts verengte sich der Rechtsstaat zum formellen bürgerlich-liberalen Rechtsstaat. Man versteht darunter nicht eine Charakterisierung des Staates "nach Ziel und Inhalt seiner Betätigung, sondern nur die rechtlich bestimmte und gesicherte Form der Verwirklichung jener Ziele ⁸³". Das NS-Regime deckte die Schwächen dieser bloß formalen Betrachtungsweise schonungslos auf: Obwohl die WV - eine unbestrittenermaßen rechtsstaatliche Verfassung im herkömmlichen Sinn - von den Nationalsozialisten nicht aufgehoben wurde, geschah doch millionenfach Unrecht.

β) Rechtsstaat als Gerechtigkeitsstaat

Das Grundgesetz hat deshalb vom formalen bürgerlichen Rechtsstaatsbegriff Abschied genommen ⁸⁴. Zugleich hat es dem liberalistischen Grundsatz des *laissez faire* entschieden abgeschworen: Nicht eine als absolut ge-

82. Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 1970, 100.

83. Menger, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 8. Band, Rechtsstaat, 769 f.

84. Bachof, VVDStRL 12, 38;
Hesse, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend, 1962, 71 (77 f).

dachte Einzelperson steht in seinem Mittelpunkt, sondern die unantastbare Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG). Die Bundesrepublik Deutschland wurde dadurch zu einem Staat, dessen vornehmste Aufgabe die Verwirklichung von Gerechtigkeit⁸⁵, der Kampf gegen Willkür und Unrecht, ist. Soll er dieses hochgesteckte Ziel erreichen, muß er jedermann einen offenstehenden Rechtsweg garantieren; einen Rechtsweg, der nicht bloß theoretisch besteht.

b) Rechtsstaat und Sozialstaat

Dieses Ergebnis wird durch das Bekenntnis des Grundgesetzes zum Sozialstaat unterstrichen.

a) Die Bundesrepublik Deutschland als Sozialstaat

Das Grundgesetz bezeichnet die Bundesrepublik Deutschland in Art. 20 Abs. 1 als sozialen Bundesstaat. Art. 28 Abs. 1 GG spinnt diesen Faden weiter und erklärt die Grundsätze des sozialen Rechtsstaats zum Leitbild und zur Richtlinie der verfassungsmäßigen Ordnung in den Ländern. Mehr oder weniger beweiskräftige Indizien einer Sozialstaatlichkeit finden sich auch in den Grundrechten⁸⁶: Die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) erfordert nicht nur Freiheit, sondern ein Mindestmaß an sozialer Sicherheit. Soziale Gehalte liegen in den Artikeln 3 Abs. 2 und 3, 6, 12 und insbesondere 14 und 15 GG. Insgesamt aber kann nicht geleugnet werden, daß das Sozialstaatsprinzip im Grundgesetz nur einen relativ schwachen Niederschlag gefunden hat⁸⁷.

85. Bachof, VVDStRL 12, 39.

86. Oben N. 85, Seite 41.

87. Weber, Der Staat 4, 1965, 409 (413).

- β) Die normative Bedeutung der Sozialstaatsklausel:
Gebot zu sozialer Gerechtigkeit

Das Wort "sozial" ist alles andere als eindeutig. Es zählt zu den verschwommensten und schillerndsten Begriffen der Verfassung. Es grenzte deshalb auch an Vermessenheit, wollte man das Sozialstaatsprinzip erschöpfend ausloten⁸⁸. Entsprechend der Fragestellung soll die Prüfung auf eine Untersuchung der Rechtsnatur des Sozialstaatsprinzips und seiner Bedeutung für den Rechtsschutz beschränkt werden.

Man würde die Normenhierarchie des Grundgesetzes verkennen, verstünde man das Sozialstaatsprinzip lediglich als "substanzlosen Blankettbegriff⁸⁹", dem keinerlei "institutionelle Bedeutung⁹⁰" zukommt. Denn dann wäre es bar jeglichen konkreten juristischen Gehalts. Ohne zwingenden Grund darf man das von einer Verfassungsnorm aber nicht annehmen⁹¹. In Wirklichkeit stellt das Sozialstaatsprinzip eine verbindliche Staatszielbestimmung dar, die sich in erster Linie an den Gesetzgeber richtet⁹². Darüberhinaus hat es unmittelbare normative Wirkung: Es ist nicht nur bei der Auslegung grundgesetzlich geschützter Rechte von größter Bedeutung⁹³, es kann auch im konkreten Einzelfall

88. Aus der Literatur zum Sozialstaatsprinzip:

Bachof, VVDStRL 12, 37 ff;
Forsthoff, VVDStRL 12, 8 ff;
Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957;
Weber, Der Staat 4, 1965, 409 ff;
Zacher, BayVBl. 69, 113 ff.

89. Vgl. Hamel, oben N. 88, Seite 27.

90. So aber Forsthoff, VVDStRL 12, 29.

91. Bachof, VVDStRL 12, 39.

92. BVerfGE 1, 97 (105): "Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates aber kann nur der Gesetzgeber tun: er ist gewiß verfassungsrechtlich zu sozialer Aktivität ... verpflichtet ...".

93. Vgl. BVerfGE 1, 105.

sozial motivierte Ansprüche begründen ⁹⁴. Inhaltlich wird mit dem Sozialstaatsprinzip eine ganz bestimmte Staatsauffassung umschrieben; eine Staatsauffassung, zu deren leitenden Prinzipien "der Fortschritt zu sozialer Gerechtigkeit ⁹⁵" gehört. Zwar gewährt der liberalistische Staat auch Rechte verschiedenster Art. Ihm fehlt aber das Korrektiv des Sozialen, da er von der im Industriezeitalter unhaltbaren Voraussetzung der Selbstbehauptungsmöglichkeit aller Bürger ausgeht.

Soziale Gerechtigkeit ohne gerichtlichen Rechtsschutz wäre aber eine Utopie. Es mag genügen, wenn in diesem Zusammenhang auf die für manche Partei essentielle Bedeutung eines Prozesses verwiesen wird. Gerechtigkeit verlangt nicht nur eine Rechtsordnung, die jedem das Seinige (suum cuique) zuweist, sondern eine Rechtsordnung, die jedem auch die Durchsetzbarkeit seiner Rechte garantiert. Der Prozeß ist nämlich nur die andere Seite der Medaille Recht.

f) Sozialstaat - Antinomie oder notwendige Ergänzung des Rechtsstaates

Die Erörterung darf nicht abgeschlossen werden, ohne daß ein Wort über das Verhältnis des Sozialstaats zum Rechtsstaat verloren wurde. Das Sozialstaatsprinzip garantiert nämlich nur dann einen materiellen Rechtsschutz, wenn es überhaupt mit dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung gebracht werden kann.

Das Sozialstaatsprinzip bildet in einem Staat, dessen erklärter Zweck die Wahrung von Individualrechten ist, die notwendige Ergänzung des Rechtsstaatsprinzips.

94. Bachof, VVDStRL 12, 43.

95. BVerfGE 5, 85 (198).

Er erfüllt ihn erst mit Inhalt und Leben. Beide durchdringen und befruchten sich gegenseitig ⁹⁶. Würde der Rechtsstaat verabsolutiert, wäre es dem Starken möglich, den Schwachen auszubeuten ⁹⁷. Ein Sozialstaat ohne rechtsstaatliche Kontrollen könnte dagegen über kurz oder lang zur sozialistischen Diktatur kommunistischer Prägung führen.

Wenn Forsthoff ⁹⁸ meint, Sozialstaat und Rechtsstaat ließen sich auf der Verfassungsebene nicht verschmelzen, so kann ihm wohl nicht gefolgt werden. Das Sozialstaatsprinzip steht im engsten sprachlichen Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip: Das Grundgesetz bezeichnet die Bundesrepublik Deutschland als sozialen Rechtsstaat. Eine engere Verbindung als eine adjektivische wäre kaum denkbar.

Das heißt also: Art. 19 Abs. 4 bzw. das Rechtsstaatsprinzip in der Ausprägung des Bonner Grundgesetzes in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip garantieren einen jederzeit für jede Person in jedem Rechtsstreit offenstehenden Rechtsweg.

Das Kostenrisiko kann aber in manchen Fällen den potentiellen Prozeßparteien den Weg zum Richter abschneiden ^{98a}, und zwar dann, wenn es ein Ausmaß erreicht, das für die Zukunft eine schwere Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz oder des sozialen Status einer Partei bedeuten würde. Es kann sich also als faktische Rechtswegsperre auswirken. ^{98b}

96. Vgl. Bachof, VVDStRL 12, 44 f.

97. Fechner, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 8. Band, Rechtsphilosophie 748 (755).

98. VVDStRL 12, 46.

98a. Vgl. oben, 1. Kapitel, II, 3.

98b. So auch Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 20.

Problematisch ist nur, welche Konsequenzen sich daraus für die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Kostenrechts ergeben. Die Lösung dürfte genauso aussehen wie bei der Verletzung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit durch das Kostenrecht⁹⁹: Verfassungswidrig sind nicht einzelne Normen des Prozeßkostenrechts. Verfassungsrechtlich bedenklich ist nur die Anwendung der einschlägigen Kostenrechtsregelungen in den Fällen, in denen das Kostenrisiko ein solches Ausmaß erreichen würde, daß es sich als Rechtswegsperre auswirken könnte. Entweder kann in diesen Fällen das Kostenrisiko durch verfassungskonforme Auslegung der betreffenden Kostenrechtsnormen soweit vermindert werden, daß es den Weg zum Gericht nicht verbaut, oder die Anwendung des derzeitigen Kostenrechts widerspricht in derartigen Prozessen der Verfassung.

III. Kostenrisiko und Art. 3 Abs. 1 GG

Die Benachteiligung wirtschaftlich schwacher Parteien durch das Kostenrecht begegnet ebenfalls verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie könnte unvereinbar mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sein.

1. Interpretation des Art. 3 Abs. 1 GG durch das BVerfG

Ausgangspunkt aller Entscheidungen des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG ist das Urteil des Zweiten Senats vom 23. Oktober 1951 ("Südweststaatsurteil")¹⁰⁰. Bereits hier finden sich die beiden Sätze, die später in verschiedenen Variationen immer wieder auftauchen: Der Gleich-

⁹⁹. Vgl. oben, 2. Kapitel, I, 3.
¹⁰⁰. BVerfGE 1, 14 ff.

heitssatz verbietet, "daß wesentlich Gleiches ungleich, nicht dagegen, daß wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung der Gleichbehandlung nicht finden läßt; kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß¹⁰¹". Vernünftigkeit und Sachgerechtigkeit sollen also die Kriterien sein, an denen ein Gesetz zu messen ist.

Später¹⁰² versuchte das BVerfG diese unklaren Begriffe näher zu präzisieren: "Entscheidend ist ..., ob für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise die tatsächlichen Ungleichheiten in dem jeweils in Betracht kommenden Zusammenhang so bedeutsam sind, daß der Gesetzgeber sie bei seiner Regelung beachten muß."

Die Folgerungen, die das BVerfG daraus für die Zulässigkeit des Prozeßkostenrechts zieht, können aber nicht befriedigen. Ob Art. 3 Abs. 1 GG lediglich eine weitgehende¹⁰³ oder hinreichende^{103a} Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten verlangt, ist eben die Frage.

2. Das Sozialstaatsprinzip als Auslegungsrichtlinie

Der Lösungsansatz liegt im Sozialstaatsprinzip. Eine isolierte Betrachtung des Gleichheitssatzes ohne Berücksichtigung des grundgesetzlichen Bekenntnisses

101. BVerfGE 1, 14 (52).

102. BVerfGE 1, 264 (Leitsatz 3).

103. BVerfGE 9, 124 (Leitsatz 2);
BVerfGE 10, 264 (270) und
BVerfGE 22, 83 (86).

103a. BVerfGE 22, 357.

zum Sozialstaat wäre inhaltsleer. Sie würde zu mehr oder weniger zufälligen und vor allem willkürlichen Ergebnissen führen. Außerdem läge darin eine Verken-
nung des Sozialstaatsprinzips. Das Sozialstaatsprinzip ist nämlich Auslegungsrichtlinie des Art. 3 Abs. 1 GG ¹⁰⁴. Wenn das BVerfG einmal feststellt ¹⁰⁵, auch das Sozialstaatsprinzip ermächtige nicht zu beliebiger Sozialgestaltung, die das Gebot der Gleichheit auf-
lösen würde, so drückt es sich etwas mißverständlich aus. Es stellt zwei Prinzipien einander gegenüber, die an und für sich kein Gegensatzpaar sind, sondern sich ergänzen und befruchten.

3. Funktion des Gleichheitssatzes im Sozialstaat

a) Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG zum Sozialstaatsprinzip

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip ist geprägt von der Auffassung, dem Gesetzgeber stünde ein weiter Ermessensspielraum zu ¹⁰⁶. Formulierungen wie eine bloß "weitgehende Angleichung" verdeutlichen die Zu-
rückhaltung des BVerfG gegenüber einem als absolut ge-
dachten Gesetzgeber. Gegen einen so weit verstandenen Ermessensspielraum der Legislative lassen sich die gleichen Argumente ins Feld führen wie oben bei der Lösung der Frage, wann das Verfassungsgericht ein Ge-
setz wegen Verstoßes gegen die Grundsätze der Verhält-
nismäßigkeit und Zumutbarkeit für verfassungswidrig erklären kann. Gesetzgeberisches Ermessen und Normen-

104. Z.B. BVerfGE 9, 131:
"Gleichheitssatz in Verbindung mit
der Sozialpflicht des Staates."

105. BVerfGE 12, 354 (367).

106. Vgl. 2. Kapitel, I, 2, c.

kontrolle sind nämlich das Gegensatzpaar, das in Zweifelsfällen über die Verfassungskonformität oder Verfassungswidrigkeit eines jeden Gesetzes befindet. Auf jeden Fall aber hat das BVerfG die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips bei weitem nicht ausgeschöpft¹⁰⁷. In vielen Entscheidungen wird das Bekenntnis des Grundgesetzes zum Sozialstaat nicht einmal erwähnt, obwohl sich von der Materie her eine Berücksichtigung oder zumindest eine Untersuchung geradezu aufgedrängt hätte¹⁰⁸. Zacher¹⁰⁹ spricht sogar von einem "undurchdringlichen Gesetz des Zufalls", ob sich das BVerfG des Sozialstaatsprinzips erinnert oder nicht. Schwerer wiegt aber noch, daß sich fast nirgends allgemeine Ausführungen über Inhalt und Bedeutung des Sozialstaatsprinzips finden¹¹⁰. In der Regel begnügt sich das BVerfG mit einem dünnen Hinweis auf dieses Prinzip. In keinem Fall aber hat es den Mut aufgebracht, die grundsätzlichen Erkenntnisse des KPD-Urteils^{110a} durch Anwendung auf andere Fälle mit Leben zu erfüllen. Fast immer verfolgt die Berufung auf den Sozialstaat nur den Zweck, dem Gesetzgeber legitimierend zu Hilfe zu kommen. Wenn Zacher¹¹¹ den Minimalismus des BVerfG bei der Auslegung des Sozialstaatsprinzips rügt, legt er den Finger auf einen wirklich wunden Punkt in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

107. So im Ergebnis: Zacher, BayVBl. 1969, 113 (116); derselbe, AöR 93, 341 (367 ff).

108. Zacher, BayVBl. 1969, 116.
A.A. Weber, Der Staat 4, 409 (429 f), der meint, das BVerfG habe wirklich keine Gelegenheit versäumt, das Sozialstaatsprinzip in Betracht zu ziehen.

109. Oben N. 108.

110. Zacher, BayVBl. 1969, 116 stellt fest, das BVerfG habe sich nur an zwei Stellen, im sogenannten KPD-Urteil (BVerfGE 5, 85, insbesondere 197 f) und in BVerfGE 11, 105 (113) allgemein über das Sozialstaatsprinzip ausgelassen.

110a. BVerfGE 5, 85 (197 f).

111. AöR 93, 357.

Bürgerlich-liberalem Denken verhaftet war das Bundesverfassungsgericht stets bemüht, den Freiheitsrechten zum Sieg zu verhelfen. Sozialstaatliche Grundsätze, die den Schutz des sozial Schwächeren, den sozialen Ausgleich und nicht zuletzt formale Ungleichheit zugunsten einer materialen konkreten Gleichheit¹¹² verlangen, kamen regelmäßig zu kurz. Man mag es wenden wie man will: Das höchste Gericht der Bundesrepublik Deutschland hat es offensichtlich versäumt, Grenzlinien eines wahren Sozialstaats zu ziehen. Stattdessen hat es dem Gesetzgeber diese für das Zusammenleben der Menschen eminent wichtige Frage kampflos überlassen. Seine ihm vom Grundgesetz zugewiesene Korrektivfunktion hat es nur in sehr beschränktem Umfang wahrgenommen. Deshalb kann die Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG auch nicht das letzte Wort zum Verhältnis Kostenrisiko und sozialstaatlich verstandenen Gleichheitssatz sein.

b) Art. 3 Abs. 1 GG - Garantie formaler oder materialer Gleichheit

Gleichheit muß in einem Sozialstaat materiale Gleichheit bedeuten; eine Gleichheit, die nicht nur jedem die theoretische Chance unterschiedsloser Behandlung zugesteht, sondern eine Gleichheit, die die verschiedenen wirtschaftlichen, sozialen und soziologischen Gegebenheiten berücksichtigt. Diskriminierungen als Folge ökonomischer Zwänge widersprechen dem höchsten Wert der Verfassung, der Menschenwürde. Menschenwürde und wahrhaft gleiche Behandlung stehen nämlich in einem so engen Zusammenhang wie Menschenwürde und Freiheit.

112. Auf die Notwendigkeit einer Akzentuierung der Gleichheit zugunsten sozial weniger begünstigter Kreise weist insbesondere Scheuner, DÖV 1971, 505 (512) hin.

Ansätze davon klingen in einer Entscheidung des BayVerfGH vom 21.2.1967 ¹¹³ an, wenn es heißt: "Denn eine derartige Gebührenermäßigung (sc. wegen ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse des Kostenschuldners) innerhalb eines vorgesehenen Rahmens entspricht durchaus dem ... Sozialstaatsprinzip ¹¹⁴."

Wenn Leibholz ^{114a} meint, diese fortschreitende Verwirklichung politischer und sozialer Gleichheit könne zu einem bürokratisch-zentralistisch geleiteten Staat führen, der "zwar die Gleichheit zu verwirklichen vermag, aus dem aber die Freiheit schließlich verschwunden sein wird", so kann man nur mit dem BVerfG antworten: "Der Gesetzgeber ist (zwar) nicht verpflichtet, bestehende faktische Ungleichheiten ... auszugleichen. Aber er darf nicht ohne zwingenden Grund eine Regelung treffen, die eine schon bestehende faktische Ungleichheit ... verschärft ¹¹⁵." Mit anderen Worten: Es muß nicht ein Ausgleich geschaffen werden im Sinne einer Vermögensumschichtung zwischen arm und reich. Der Staat darf aber nicht das ökonomische Ungleichgewicht seiner Bürger zum Maßstab für staatliche Leistungen machen. Er darf den Zugang zu Gericht nicht mit kostenrechtlichen Barrieren verbauen, die es dem weniger Begüterten unmöglich machen, zu seinem Recht zu kommen. Andernfalls würde der Begüterte unangreifbar.

113. BayVerfGHE 20, 21 ff.

114. Oben N. 113, Seite 32.

114a. Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Auflage, 1967, S. 152.

115. BVerfGE 8, 51 (Leitsatz 3).

Die Entscheidung bezieht sich allerdings auf die Situation der politischen Parteien. Als Auslegungsrichtlinie zu Art. 3 GG hat der zitierte Leitsatz aber auch eine ganz allgemeine Bedeutung.

c) Art. 3 Abs. 1 GG – Gebot der égalité oder Verbot von Willkür ^{115a}

Die Meinung, die im allgemeinen Gleichheitssatz ein bloßes Willkürverbot sehen will, läßt sich auch nicht mit der historischen Entwicklung des Gleichheitsgebotes vereinbaren.

Gleichheit vor dem Gesetz war bekanntlich eine der Hauptforderungen aufgeklärter Staatsphilosophen des 18. Jahrhunderts. Die Verwirklichung des Gleichheitsgedankens sollte Voraussetzung für die Legitimität eines Staates sein. Deutlichere Konturen erhielt der Gleichheitssatz aber erst in der französischen Revolution, wo die Gleichheit neben der Freiheit und Brüderlichkeit zur Losung des Kampfes gegen den Absolutismus wurde.

Ihr Inhalt sollte die égalité sein, eine radikale Gleichheit im Stile einer Gleichmacherei. Später, vor allem im Gefolge des Liberalismus, verengte sich der überkommene Gleichheitssatz zum bloßen Willkürverbot. Die industrielle Revolution, die großen Erschütterungen des 20. Jahrhunderts, die beiden Weltkriege und als ihre Folge die materielle Not, die Weltwirtschaftskrise und nicht zuletzt ein gewandeltes Welt- und Menschenbild leiteten langsam aber stetig eine Wende ein: Man besann sich wieder mehr der materiellen Bedürfnisse des Menschen.

115a. Den egalitären Charakter des Gleichheitssatzes betonen insbesondere Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 22 ff zu Art. 3. Nach ihrer Ansicht muß zunächst vom egalitären Standard des Art. 3 GG und nicht vom Willkürgedanken ausgegangen werden (Rdnr. 22 und 26). Als reines Willkürverbot verstehen den Gleichheitssatz jedoch Leibholz/Rinck, GG, 4. Auflage, 1971, Anm. I, A, 2 zu Art. 3 und Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Auflage, 1959, S. 72 und 88 ff.

In diesen Rahmen fügt sich das Grundgesetz ein. Einerseits erteilte es dem kollektivistischen Kommunismus durch die Garantie des Privateigentums und des Erbrechts eine Absage. Andererseits bezeichnet es die Bundesrepublik Deutschland als Sozialstaat. Soziale und liberale Akzente sollen sich also die Waage halten. Dieser Mittelweg muß sich auch bei der Auslegung des Gleichheitssatzes fortsetzen. Gleichheit darf auch im Sozialstaat nicht als *égalité* im Sinne einer Einbebnung bestehender ökonomischer Ungleichheiten verstanden werden. Gleichheit kann sich aber auch nicht in einem bloßen Willkürverbot erschöpfen.

4. Zwei Theorien menschlicher Gleichheit

Die Untersuchung darf nicht abgeschlossen werden, ohne einen Blick auf die theoretischen, insbesondere anthropologischen Grundlagen der Gleichheitsidee zu werfen. Hinter der Forderung, die Menschen von Staats wegen gleich zu behandeln, können sich - vereinfacht ausgedrückt - zwei grundsätzlich verschiedene Vorstellungen vom Wesen des Menschen verbergen. Man kann davon ausgehen, daß jeder Mensch von Natur aus gleich ist. Unterschiede in der Intelligenz, im Können, Charakter usw. sind dann die Folge von Umwelteinflüssen (sog. Milieutheorie). Man kann sich aber auch auf den Standpunkt stellen, alle wesentlichen Unterschiede der Menschen beruhten auf genetischer Vorbestimmung (sog. Vererbungstheorie) ¹¹⁶. Beide Theorien werden heute noch vertreten.

116. Die folgenden Ausführungen entsprechen im wesentlichen Herzog, DVBl. 1970, 713 (714 ff). Zur Milieu- und Vererbungstheorie (Anlagentheorie) vgl. auch Maunz-Dürig-Herzog, GG, RdNr. 95 zu Art. 3 mit weiteren Nachweisen.

Hat die Milieutheorie ihre Anhänger im marxistischen Lager, so entspricht die Vererbungstheorie eher der westlichen Auffassung vom Wesen des Menschen. Verfügt man die Milieutheorie, ist es nur konsequent, den Gleichheitssatz radikal zu verwirklichen. Sind die Menschen von Natur aus gleich und werden sie allein durch Umwelteinflüsse ungleich, so ist es ein Gerechtigkeitsgebot ersten Ranges, jede Ungleichheit von Staats wegen wieder abzubauen. Gleichheit kann sich dann nicht in einem bloß formalen Gleichbehandlungsgebot erschöpfen. Ein auf Gerechtigkeit zielender Staat muß vielmehr die Ungleichheiten zum Anlaß für gesetzgeberische Initiativen nehmen, die geeignet sind, Gleichheit auch auf dem sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Sektor zu schaffen. Gleichheit kann unter Zugrundelegung der Milieutheorie nur eine egalitäre Gleichheit sein.

Neigt man dagegen eher der Vererbungstheorie zu, hat man bei der Ausgestaltung des Gleichheitsgedankens einen weiteren Spielraum. Da die Ungleichheit ganz oder teilweise auf Vererbung beruht und damit dem Menschen gleichsam als fatum mit in die Wiege gelegt ist, ist es lediglich eine Frage der politischen Zweckmäßigkeit, nicht aber der Gerechtigkeit, ob der Gleichheit neben anderen Werten ein bedeutender Platz eingeräumt werden soll oder nicht.

Welche dieser beiden Theorien der Wirklichkeit am nächsten kommt, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erschöpfend beantwortet werden. Wie bei fast jedem Theorienstreit dürfte eine vermittelnde Meinung dem Problem am ehesten gerecht werden ¹¹⁷: Auf Grund der modernen Er-

117. So Herzog, oben N. 116, Seite 716;
Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 95 zu Art. 3.

kenntnisse der Naturwissenschaften kann die Funktion des Vererbungsprinzips grundsätzlich wohl kaum bestritten werden. Andererseits zeigen die verschiedensten Milieustatistiken aber, daß der Einfluß der Umwelt auch nicht gering zu veranschlagen ist. Die genetischen Grunddaten stecken nur einen ausfüllungsbedürftigen Rahmen ab, sie enthalten Chancen, die zu ihrer Aktualisierung bestimmter Umwelteinflüsse bedürfen.

Überträgt man diese Ansicht auf den Gleichheitssatz, so bedeutet das folgendes: Gleichheit kann nicht eine radikal egalitäre Gleichheit, aber auch keine bloße Zweckmäßigkeitsgleichheit sein¹¹⁸. Der Gleichheitssatz muß die relevanten Umwelteinflüsse, vor allem ökonomischer Art, berücksichtigen. Soll ein Gesetz ihm standhalten, darf es zumindest die schon bestehenden Ungleichheit nicht dadurch verschärfen, daß es gleichen Rechtsschutz von ungleich treffenden Geldzahlungen abhängig macht.

5. Art. 3 Abs. 1 GG und das Armenrecht

Das Armenrecht spielt bei der Auseinandersetzung über die Vereinbarkeit des Kostenrechts mit Art. 3 Abs. 1 GG verständlicherweise eine entscheidende Rolle. Die höchstrichterliche Rechtsprechung¹¹⁹ ist der Auffas-

118. Herzog, DVBl. 1970, Seite 715 verweist zur Bestätigung auf die Gedanken der Humanität, Solidarität und Brüderlichkeit, die an der Wiege des westlichen Gleichheitsdenkens stehen.

119. Z.B. BVerfGE 9, 256 (257): Es sei mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn § 114 ZPO die Bewilligung des Armenrechts von einer Prüfung der Erfolgsaussichten abhängig mache.
 OLG Stuttgart, JZ 1956, 123, Leitsatz: "Die Bestimmung des § 114 Abs. 2 ZPO, daß Ausländer nur dann einen Anspruch auf Bewilligung des Armenrechts haben, wenn die Gegenseitigkeit verbürgt ist, verstößt nicht gegen den allgemeinen, in Art. 3 GG verankerten Gleichheitssatz."
 BVerfG, NJW 1974, 229 ff.

sung, es sei in seiner jetzigen Gestalt geeignet und ausreichend, die - zum Teil erkannte - Benachteiligung finanzschwacher Parteien aufzufangen¹²⁰. Sie wiegt sich deshalb in dem Glauben, das Kostenrecht sei mit dem Gleichheitssatz vereinbar. Zur Widerlegung dieser Meinung braucht indes nur auf die Ausführungen im 1. Kapitel, II, 2 verwiesen zu werden. Zweifellos erfüllt das bestehende Armenrecht eine wichtige Funktion. Sicherlich ist es in den meisten Fällen auch in der Lage, die Chancengleichheit der Parteien wiederherzustellen. Seine engen Bewilligungsvoraussetzungen, die bloß partielle Kostenbefreiung und nicht zuletzt seine Beschränkung auf bestimmte Gruppen von Prozeßparteien lassen das Armenrecht aber teilweise als untaugliches Mittel für einen allgemeinen Ausgleich der Situation von Bemittelten und Unbemittelten hinsichtlich des Rechtsschutzes erscheinen. Das hat zur Folge: Zwar sind nicht einzelne Normen des Kostenrechts wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig und damit nichtig. Verfassungsrechtlich problematisch ist nur die Anwendung des Kostenrechts (mit Einschluß des Armenrechts) in den Prozessen, in denen infolgedessen die Chancengleichheit zwischen arm und reich nicht mehr gewahrt ist. Entweder kann in diesen Fällen das Kostenrecht entsprechend verfassungskonform ausgelegt werden^{120a}, oder die Anwendung des Kostenrechts wäre verfassungswidrig.^{120b}

120. A.A. freilich: Däubler, BB 1969, 545 f, 551;

Fechner, JZ 1969, 349 (352).

Kritisch auch: Baur, JZ 1972, 75 f;

Koebel, NJW 1964, 392 f;

Roehl, ZRP 1970, 274 f;

Schmidt, JZ 1972, 680;

Tribian, DRiZ 1962, 416 f.

120a. Zur Frage der verfassungskonformen Auslegung vgl. 3. Kapitel, II, 3, a, α.

120b. Auch Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 30 f ist der Meinung, daß das derzeitige Kostenrecht nicht mit dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren ist. Er läßt sich aber nicht darüber aus, ob es verfassungskonform ausgelegt werden kann.

3. Kapitel

Lösung des ProblemsI. Reformansätze in der Rechtsprechung

Man täte der Rechtsprechung Unrecht, wollte man behaupten, sie habe generell die Augen vor der Problematik des Kostenrechts verschlossen. Schon relativ bald wurden die ersten zaghaften Versuche unternommen, das Kostenrisiko zu mildern. Wichtigstes und bekanntestes Beispiel dafür ist die Zulassung eines unbezifferten Klageantrages.

1. Zulassung eines unbezifferten Klageantrages

Das RG ¹ und ihm folgend der BGH ² haben für Schadensersatz- und Entschädigungsforderungen einen unbezifferten Klageantrag zugelassen ³. Dadurch wurde u.a. eine Senkung des Kostenrisikos des Klägers erreicht. Lautet der Klageantrag auf Zahlung eines angemessenen

1. RGZ 10, 353 (355); RGZ 12, 388 (391);
RGZ 21, 282 (286 f); u.a.

2. BGHZ 4, 138 ff; VersR 1963, 185;
MDR 1964, 831; u.a.

3. Die Zulässigkeit eines nicht bezifferten Antrags bejahen auch Stein-Jonas-Schumann/Leipold, ZPO, 19. Auflage, Anm. III, 1, a, ∞ zu § 253, falls die Klage zugleich die genügenden Grundlagen für die Anwendung des richterlichen Ermessens und für die Feststellung des Betrags enthält.
Ebenso: Rosenberg-Schwab, ZPO, 10. Auflage, § 98, II, 3, b, β ;
Donau, NJW 1957, 130 f;
Koebel, NJW 1957, 1009.

Schmerzensgeldes, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, läuft der Kläger nämlich nicht Gefahr, infolge einer überhöhten Forderung Kosten tragen zu müssen. § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO soll durch einen unbezifferten Klageantrag nicht verletzt sein, weil sich der Zweck des Bestimmtheitsgrundsatzes nach Ansicht der Rechtsprechung darin erschöpft, dem Beklagten klarzumachen, welches Urteil vom Kläger begehrt wird, in welcher Weise sich der Beklagte zu verteidigen hat und in welcher Weise er den Rechtsstreit durch freiwillige Leistung des Geforderten zu beseitigen imstande ist ⁴. Mit diesem Erfordernis soll ein ziffernmäßig unbestimmter Antrag vereinbar sein, wenn "nach dem Antrag in Verbindung mit den über den Gegenstand des Anspruchs gemachten Angaben der erhobene Anspruch in der Art individualisiert ist, daß über dessen Identität ein Zweifel nicht besteht und daß der Betrag durch richterliches Ermessen, nötigenfalls mit Hilfe von Sachverständigen, festgestellt werden kann ⁵".

In jüngster Zeit begegnet diese Rechtsprechung aber zunehmender Kritik in der Literatur:

Röhl setzt sich in einem erst vor kurzem erschienenen Aufsatz ⁶ mit der Praxis unbeziffelter Klageanträge auseinander und kommt zu dem Ergebnis: Der unbezifferte Klageantrag paßt nicht in das System des Zivilprozeßrechts. Er widerspricht der Interessenlage der Parteien und ist sachlich überflüssig.

Zurückhaltend äußern sich auch Dunz ⁷ und Pawlowski ⁸. Willms ⁹ sieht § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO als verletzt an,

4. RGZ 10, 355.

5. RGZ 21, 287. Der BGH beruft sich lediglich auf eine "feststehende Rechtsprechung" (BGHZ 4, 142).

6. ZZP 85, 52 ff.

7. NJW 1957, 1661 ff.

8. NJW 1961, 341 ff.

9. JZ 1952, 618 (619).

da § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO auch den Zweck habe, "dem Gericht selbst eindeutige Anhaltspunkte dafür zu geben, welche Entscheidung begehrt wird, wobei der Inhalt dieses Begehrens in gleicher Weise für die Entscheidung in der Hauptsache, die Kostenentscheidung und die Festsetzung des Streitwerts maßgebend ist".

Am schärfsten wendet sich Bull ¹⁰ gegen die Zulassung eines unbezifferten Klageantrages. Er bezeichnet den Ausgangspunkt schon als verfehlt. Denn wenn ein Kläger kein Kostenrisiko mehr habe, werde er geradezu dazu verleitet, aufs Geratewohl zu fordern und zu klagen. Dies zuzulassen verbiete aber die Rücksicht auf den Beklagten.

Es ist das unbestreitbare Verdienst der zitierten Autoren, den Blick für die methodische und dogmatische Problematik der unbezifferten Klageanträge wieder geschärft zu haben.

Andererseits ist der Rechtsprechung zuzugeben, schon frühzeitig ¹¹ die negative Rolle des Kostenrisikos erkannt und daraus die Konsequenzen gezogen zu haben ¹². Gerade bei Klagen auf Schadensersatz oder Entschädigung ist die tatsächliche Höhe des Anspruchs vom Kläger nur sehr schwer zu beziffern, da die Vorwegnahme der gerichtlichen Schätzung gemäß § 287 ZPO immer nur bedingt möglich ist. Alle Versuche, das Risiko falscher Prognosen und damit das Kostenrisiko durch Zulassung unbezif-

10. JR 1958, 95 f.

11. Der Zweck eines unbezifferten Klageantrages, nämlich Kosten zu sparen, wurde erstmals in RGZ 128, 365 ausdrücklich erwähnt.

12. Röhl, ZZP 85 (1972), 53 ist allerdings der Ansicht, die Zulassung unbeziffelter Klageanträge gehe in ihren Anfängen auf Unklarheiten über die Abgrenzung und die Zusammenhänge von Leistungsklage, Feststellungsklage und Vorabentscheidung über den Grund nach der neuen ZPO zurück.

ferter Klageanträge zu beseitigen, entsprechen deshalb durchaus der Billigkeit. Denn billig muß jede Rechtsprechungspraxis sein, die den Kläger lediglich vor kostenrechtlichen Nachteilen als unmittelbarer Folge einer unberechenbaren Rechtsprechung bewahren will.

Dogmatische Schwierigkeiten bereitet aber § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO. Es ist in der Tat nur schwer zu begreifen, weshalb ein unbezifferter Klageantrag ein bestimmter im Sinne des § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO sein soll. Die Zulässigkeit einer unbezifferten Klage ist trotz aller Interpretationsversuche des RG¹³ zu § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO im Endergebnis mit mehr als nur einem Fragezeichen zu versehen. Man sollte sich nicht scheuen, die unbezifferte Klage als das zu bezeichnen, was sie wirklich ist: Sie ist der Versuch, mit Hilfe einer problematisch extensiven Auslegung einer Gesetzesnorm (§ 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO) das Kostenrisiko zu mildern. Mit der Zulassung unbezifferter Klageanträge hat sich die Rechtsprechung für eine zweckmäßige, aber gegen eine dogmatisch saubere Lösung entschieden. Dann wäre es aber nur konsequent gewesen, unbezifferte Klageanträge nicht nur bei Schadensersatzansprüchen und Entschädigungsforderungen zuzulassen, sondern immer dann, wenn ein weiter Spielraum für richterliche Wertungen und damit eine vergleichbare Interessenlage besteht. Unbezifferte Klageanträge müßten also insbesondere wohl auch im Hinblick auf den Anteil des Mitverschuldens oder Mitverursachens eines Geschädigten (§ 254 BGB) möglich sein¹⁴.

13. Siehe RGZ 10, 355.

14. So auch Röhl, ZZP 85, 73.

2. Anpassung des Streitwerts an den wirklichen Streit

Eine Senkung der Kosten bezwecken auch alle Entscheidungen, welche die Streitwerthöhe entgegen einer bloß formalen Betrachtungsweise dem wirklichen Streit angleichen. Als Beispiel soll der Beschluß des OLG Celle vom 24.5.1940¹⁵ genannt werden, wo es heißt, der Streitwert einer Klage des Käufers eines Grundstücks auf Auflassung richte sich dann nicht nach dem Wert des Grundstücks, sondern nach dem Betrage einer streitigen Gegenforderung des Verkäufers, wenn diese Gegenforderung den alleinigen Streitpunkt unter den Parteien bilde¹⁶. Diese Streitwertanpassung ist jedoch noch keineswegs zum Gemeingut deutscher Rechtsprechung geworden. Hingewiesen sei nur auf die schon erwähnte Entscheidung des OLG Frankfurt vom 28.4.1970¹⁷, die allen Tendenzen, den Streitwert zu begrenzen, diametral entgegentsteht.

5. Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse bei der Streitwertfestsetzung nach § 3 ZPO

a) Baulandsachen (§§ 45 ff, 157 ff BBauG)

Das OLG München hat in seinem Beschluß vom 5.6.1967¹⁸ den Standpunkt vertreten, der Streitwert im Umlegungsverfahren nach dem Bundesbaugesetz könne sich nicht

15. DR 1940, 1436.

16. Ebenso KG, JurBüro 1955, 273.

17. Rpfleger 1970, 354 f.

18. NJW 1967, 1666 ff.

nach dem Verkehrswert eines in die Umlegungsmasse einbezogenen Grundstücks richten. Eine derartige Berechnungsmethode widerspräche nämlich den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit. Stattdessen sei der Streitwert gemäß § 3 ZPO nach richterlichem Ermessen festzusetzen. Danach ergäben sich folgende Streitwerte:

Für den Grundstückseigentümer entspräche der Streitwert größtmäßig der Summe, die sich aus der Addition des Verkehrswertes des von ihm nach dem Umlegungsplan abzugebenden bzw. von ihm zu empfangenden Grundstückes und des Wertes etwaiger von ihm zu leistender oder zu empfangender Entschädigungszahlungen ergebe, geteilt durch zwei. Für die Gemeinde dagegen sei er gleich der Summe der Streitwerte aller am gerichtlichen Verfahren beteiligten Antragsteller. Begründet wurde diese streitwertmäßige Ungleichbehandlung des Bürgers und der Gemeinde mit der ungleichen Ausgangsposition:

Der Staatsbürger, dessen Grundstück in das umzulegende Gebiet falle, werde von einem Verwaltungsverfahren überzogen, ohne daß von ihm eine Initiative ausgehe. Anders als regelmäßig im Zivilprozeß könne er sich die anderen Beteiligten nicht aussuchen (§ 161 Abs. 3 BBauG). Die Gemeinde komme dagegen nie in die Rolle des Antragstellers. Dieser tatsächlichen Überordnung der Gemeinde müsse auf Seiten des Bürgers ein niedriger Streitwert und damit ein geringeres Kostenrisiko gegenüberstehen.

Der BGH hat mit Urteil vom 22.2.1968¹⁹ den Streitwert in Baulandsachen folgendermaßen festgesetzt: Der Streitwert soll 20 % des Wertes des Grundstücks (einschließlich der darauf stehenden Aufbauten, insbesondere eines darauf errichteten Hauses), dessen Einbeziehung in das

19. BGHZ 49, 317 ff.

Umlegungsverfahren den Streit auslöste, betragen. Zur Begründung hat der BGH allerdings nicht - wie das OLG München - auf die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, sondern ausschließlich auf den besonderen Charakter des Umlegungsverfahrens nach dem BBauG verwiesen:

Der Umlegungsbeschluß habe nur beschränkte Wirkungen. Er habe nicht den Verlust des Eigentums an dem eingebrachten Grundstück zur Folge; in welcher Weise sich das Eigentum in dem Umlegungsverfahren "verwandle", werde erst in dem Umlegungsplan (§ 66 BBauG) festgelegt. Der Umlegungsbeschluß bringe lediglich folgende Beschränkungen: Das eingebrachte Grundstück werde einer Verfügungs- und Veränderungssperre unterstellt (§ 51 BBauG). Gemäß § 24 BBauG entstehe ein gesetzliches Vorkaufsrecht der Gemeinde. In das Grundbuch werde schließlich ein Umlegungsvermerk gemäß § 54 BBauG eingetragen.

Nach Ansicht des BGH müssen aber, wenn die Grundstücke verschiedener Eigentümer in die Umlegung einbezogen werden und diese verschiedenen Eigentümer das anfechten, die Grundstückswerte zusammengerechnet werden (Seite 320).

Welcher Berechnungsmodus sachgerechter und richtiger ist, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht abschließend beurteilt werden. Jedenfalls dürfte dem BGH und dem OLG München darin zuzustimmen sein, daß der Streitwert im Umlegungsverfahren nach dem BBauG wegen der Besonderheiten dieses Verfahrens anders und niedriger als in sonstigen Prozessen festzusetzen ist.

b) Klage eines Verbraucherverbandes nach § 13 UWG

Auf derselben Linie liegt auch eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 2.2.1966 zum Wettbewerbsrecht ²⁰. Es ging dabei um die Frage, wie hoch der Streitwert bei Klagen eines Verbraucherverbandes zur Bekämpfung von Wettbewerbsverstößen (§ 13 UWG) anzusetzen sei. Das OLG Düsseldorf meinte, der Streitwert dürfe nicht so hoch sein, daß er zu einem übersteigerten Kostenrisiko führe. Der Verband müsse in der Lage sein, gegen jeden vermeintlichen Wettbewerbsverstoß vorzugehen, ohne gleich befürchten zu müssen, im Falle des Unterliegens finanziell ruiniert zu sein. Ansonsten könne er seiner ihm durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zugeordneten Kontrollfunktion nicht gerecht werden. Der Bereich, innerhalb dessen der Streitwert variieren könne, werde auf der einen Seite von den finanziellen Möglichkeiten des Vereins, auf der anderen Seite von den tatsächlichen Kosten des Gerichts und den Aufwendungen der Anwälte unter Berücksichtigung der Bedeutung der Sache begrenzt ²¹. Allerdings hat das OLG Düsseldorf keine Nachahmer in der Rechtsprechung ^{21a} gefunden. Der BGH ²² beharrt weiterhin auf dem Standpunkt, der Streitwert richte sich bei derartigen Klagen nach dem Interesse der Allgemeinheit ²³. Kompromißlos stellt er fest: "Das im

20. NJW 1966, 987 f.

21. Die Herabsetzung des Streitwerts gemäß § 23 a UWG soll nach Ansicht des OLG Düsseldorf nur auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben.

21a. In der Literatur äußern sich dagegen zustimmend zur Entscheidung des OLG Düsseldorf:

Koebel, NJW 1967, 536 und Däubler, BB 1969, 546.

22. BB 1967, 1220.

23. Das OLG Karlsruhe (BB 1968, 641 f) will den Streitwert nach der Summe der Interessen der Mitglieder des Verbraucherverbandes festsetzen.

Streitfall maßgebliche Interesse der Allgemeinheit kann nun allerdings nicht danach bewertet werden, wie leistungsfähig der Verband ist und ob für ihn das mit dem Prozeß verbundene Kostenrisiko tragbar ist." Welcher Meinung der Vorzug gebührt, ob also bei einer Klage eines Verbraucherverbandes nach § 13 UWG die Vermögensverhältnisse des Verbandes berücksichtigt werden können (bzw. müssen) oder nicht, soll einstweilen dahingestellt bleiben. Auf diese Frage wird noch eingegangen werden, wenn geprüft wird, ob das Kostenrisiko de lege lata generell durch eine Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse bei der Schätzung des Streitwerts nach § 3 ZPO gemindert werden kann ^{23a}.

II. Lösungsvorschläge

Sollen die Vorschläge zur Schaffung eines "besseren" Kostenrechts nicht auf der Stufe fragmentarischer Entwürfe stehenbleiben oder bloßes Zufallsprodukt sein, so setzen sie eine eingehende Analyse der dem Kostenrecht zugrunde liegenden Prämissen voraus. Eine solche Analyse kann wertvolle Denkansätze und Anregungen liefern.

1. Kritik an den Prämissen des Kostenrechts

Das derzeitige Kostenrecht geht - vereinfacht ausgedrückt - von folgenden Überlegungen aus: In jedem Gemeinwesen kommt es mitunter zu Streitigkeiten zwischen Bürgern bzw. zwischen Individuum einerseits und Staat

23a. Siehe 3. Kapitel, II, 3, a, β, dd.

andererseits. Wenn der Staat Gerichte als unabhängige Streitentscheidungsinstanzen schafft, kommt er einem Bedürfnis der rechtssuchenden Parteien entgegen. Infolgedessen ist es recht und billig, diese auch mit den Kosten der Rechtsfindung zu belasten. Das Problem der Verteilung wird am sinnvollsten und gerechtesten dadurch gelöst, daß man die Kostentragungspflicht an das Unterliegen im Prozeß knüpft. Denn die unterlegene Partei hat den Prozeß verschuldet, zumindest aber verursacht, weil sie sich nicht freiwillig so verhalten hat, wie es die Rechtsprechung vorschreibt.

Die Prämissen des Kostenrechtssystems lassen sich also im Prinzip auf drei Aussagen reduzieren:

1. Die Gerichtsbarkeit kommt den Rechtssuchenden zugute.
2. Der Prozeß dient den Prozeßparteien.
3. Der unterliegende Teil hat die Kosten eines Prozesses zu tragen, weil er den Prozeß verschuldet, zumindest aber verursacht hat.

Die folgende Untersuchung hält sich im Grundsatz an diese Dreiteilung. Es werden also die Funktion der Gerichtsbarkeit, der Zweck eines Prozesses und das Wesen der Prozeßkosten (Strafe für verschuldeten Prozeß?) etwas näher durchleuchtet werden.

a) Staat und Rechtsschutz

α) Rechtsschutz als staatliche Aufgabe

Wollte man die Bedeutung der Gerichtsbarkeit lediglich darin sehen, konkrete Streitentscheidungen zu treffen, müßte man sich den Vorwurf einer oberflächlichen Be-

trachtungsweise gefallen lassen. Gewiß, Gerichte stellen im Prozeß verbindlich fest, was Rechtens ist; sie dienen insoweit allen Rechtssuchenden, ob Bürger oder Staat. Darüberhinaus erfüllen sie aber auch eine abstrakte Funktion.

Das bloße Vorhandensein einer unabhängigen Rechtsprechung hat nämlich Einfluß auf das gesamte staatliche und gesellschaftliche Leben. Dieser Einfluß wiegt umso schwerer, je stärker die Gerichtsbarkeit ausgebaut und je umfassender ein gerichtlicher Rechtsschutz garantiert ist.

Im staatlichen Bereich zeigt er sich in einer "Verrechtlichung" jeder hoheitlichen Betätigung der öffentlichen Hand, mag es sich um Gesetzgebung oder Verwaltungstätigkeit handeln:

Die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte hat nämlich nur dann eine Chance, respektiert zu werden, wenn es eine Instanz gibt, die gegebenenfalls ein Gesetz auch gegen den Willen der Legislative wieder aufheben kann. Dasselbe gilt für die Grundprinzipien jeden Verwaltungshandelns, das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das vom Vorbehalt des Gesetzes. Ob nämlich eine Verwaltungstätigkeit gegen Recht verstößt, z.B. einem ranghöheren Rechtssatz widerspricht oder auf keiner gültigen Ermächtigungsgrundlage beruht (Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) kann nur ein von der Verwaltung unabhängiges Gericht feststellen. Soll der Satz, daß jeder Eingriff in die Rechts- und Freiheitssphäre des Bürgers einer Ermächtigungsgrundlage bedarf (Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes) nicht graue Theorie bleiben, ist eine prüfungs kompetente Rechtsprechung unumgänglich.

Staatliche Machtentfaltung kann also nur dann unter dem Primat des Rechts stehen, wenn eine funktionierende Ju-

stiz vorgegeben ist. Ist die Rechtsprechung aber einmal institutionalisiert, zielt sie auf eine umfassende Verrechtlichung jeder staatlichen Tätigkeit.

Im gesellschaftlichen Bereich wirkt die Justiz in erster Linie befriedend. Jede Gerichtsbarkeit bezweckt nämlich Freiheit und Gerechtigkeit, die unabdingbaren Voraussetzungen für ein friedliches Zusammenleben der Bürger. Eine Gesellschaft, die auf dem Recht der Selbsthilfe basiert, kann dagegen niemals wahren inneren Frieden erleben. Selbsthilfe ist nämlich ein denkbar ungeeignetes Mittel zur Lösung von Konflikten. Da sie weniger vom Prinzip der Gerechtigkeit als von Rachegefühlen und einem subjektiv gefärbten Wiedergutmachungsverlangen geprägt ist, birgt sie den Keim zu neuen Auseinandersetzungen. Sie bildet damit eine latente Gefahr für den Bestand einer Gesellschaft ²⁴.

Diese Gefahr hat Hobbes im Auge, wenn er den Urzustand des Menschen mit einem Krieg aller gegen alle (*bellum omnium contra omnes*) vergleicht ²⁵.

Gerichte wären also aus einer modernen Staats- und Gesellschaftsordnung nicht hinwegzudenken. Sie sind das Unterpfand von Recht und Gerechtigkeit. Die Rechtsprechung erfüllt damit auch eine allgemeine, das heißt eine eminent staatliche Aufgabe ²⁶.

ß) Die Rechtsprechung im Lichte des Grundgesetzes

Das Grundgesetz erkennt die Bedeutung der Rechtsprechung für Staat und Gesellschaft uneingeschränkt an:

24. Hagen, ZZP 84, 385 (390).

25. De cive I, 12, zitiert von Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, 1969, § 38, II.

26. Darauf verweist auch Haller, Die Steuern. Grundlinien eines rationellen Systems der öffentlichen Abgaben, Seite 27.

Gerichte sind nach der Grundkonzeption der Verfassung weit mehr als eine bloße Schlichtungsstelle zur Beilegung von Konflikten. Sie wurden zu einer tragenden Säule unseres Staatswesens, vergleichbar nur der Legislative und Exekutive.

Der Einfluß der Justiz auf das gesamte staatliche und öffentliche Leben wird durch eine einzigartige Monopolstellung (Art. 92 GG), eine lückenlose Justizgarantie (vgl. 2. Kapitel, II), durch den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und nicht zuletzt durch die Unabhängigkeit der Richter (Art. 97 GG) gewährleistet. Das soll im folgenden näher erläutert werden.

Die persönliche und sachliche Unabhängigkeit der Richter darf nicht als bloßes Organisationsmodell verstanden werden. Im Zusammenspiel mit der Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 97 Abs. 1 GG) verbürgt sie die Integrität der Rechtsprechung. Zugleich fördert sie das Ansehen der Justiz in der Öffentlichkeit. Denn die Überzeugungskraft eines Urteils hängt entscheidend von einer sachbezogenen Meinungsbildung des Gerichts ab. Wenn die Rechtsprechung in der NS-Zeit soviel an Kredit verlor, so ist dafür in erster Linie die Einflußnahme justizfremder Organe auf die Justiz verantwortlich.

Der Gleichheitssatz erfüllt im staatlichen Bereich als das Unterpfand von Recht und Gerechtigkeit eine Befriedungsfunktion. Ruhe und Ordnung können nämlich nur dort herrschen, wo ein Minimum an Gerechtigkeit verwirklicht ist. Sicher, der innere Friede eines Staates ist nicht schon dann garantiert, wenn jedermann gleich behandelt wird. Soziale Spannungen können verschiedene Ursachen haben. Sie sind aber oft die verständliche Reaktion auf eine juristische, soziale und ökonomische Benachteiligung verschiedener Bevölkerungsgruppen.

Ähnliches gilt für die Justizgarantie. Eine Monopolisierung der Rechtsprechung beim Staat müßte nämlich zu erheblichen Störungen im sozialen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und staatlichen Bereich führen, wäre nicht gleichzeitig der Zugang zu den Gerichten sichergestellt. Die Justizgarantie ist für ein funktionierendes Staatswesen unerläßlich. Sie ist notwendig, damit Menschen auf engstem Raum miteinander leben und in Kontakt treten können.

g) Auftrag der Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG an den Gesetzgeber

Der Gesetzgeber hat die Bedeutung der Rechtsprechung für Staat und Gesellschaft zu respektieren. Er ist nicht befugt, Verfassungsentscheidungen durch einfache Gesetze zu korrigieren. Art. 1 Abs. 3 GG bindet ihn an die Grundrechte und damit indirekt auch an ihre Zwecke. Art. 20 Abs. 3 GG geht noch weiter und bindet ihn ganz allgemein an die verfassungsmäßige Ordnung. Das bedeutet konkret: Bei der Schaffung eines Kostenrechtssystems hat der Gesetzgeber auszugehen von den Zwecken der für das Kostenrecht relevanten Grundrechte und Verfassungsgrundsätze²⁷, d.h. von der zum Teil auch öffentlichen Funktion der Rechtsprechung.

b) Zweck eines Prozesses

Die Frage nach den Prozeßzwecken darf nicht isoliert gesehen werden. Aus der Antwort sollen sich vielmehr Anhaltspunkte für die zweckentsprechende Ausgestaltung

27. Insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 19 Abs. 4 GG, das Rechts- und Sozialstaatsprinzip, Art. 92 GG, Art. 97 GG.

des Verfahrens, insbesondere für das hier interessierende Kostenrecht, ergeben²⁸. Zwar läßt sich aus dem Prozeßzweck kein komplettes System der Verfahrensordnung ableiten; er determiniert aber solche Teile des Prozeßrechts, die, wie das Kostenrecht, primär interessenorientiert sind.

Die Prozeßzwecke hängen in erster Linie von der Blickrichtung ab. Je nachdem, ob man mehr auf die formale oder auf die inhaltliche Seite abstellt, kann zwischen formellen und materiellen Prozeßzwecken unterschieden werden.

α) Formelle Prozeßzwecke

aa) "Legitimation durch Verfahren"

Der Begriff "Legitimation durch Verfahren" wurde von Luhmann geprägt²⁹. Er versteht darunter ein Prinzip, das allen Verfahren, so vielgestaltig sie auch sein mögen, ob sie durch Behörden, Gerichte, Parlamente, bei Wahlen, Planungen, Rechtsanwendungen, Zuteilungsentscheidungen usw. praktiziert werden, eigen ist.

28. Zur Bedeutung des Prozeßzweckes:

Gaul, AcP 168, 27 (33 ff) und Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, Seite 47 und 63.

29. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969.

Mit Luhmanns Theorie setzen sich kritisch auseinander:

Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1970, 202 ff; Habermas, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann, in: Habermas-Luhmann: Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, Frankfurt 1971;

Hagen, JuS 1972, 485 ff;

Zippelius, Legitimation durch Verfahren, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, 293 ff.

Sein Legitimationsbegriff beruht nicht auf der klassischen Konzeption des Verfahrens, die von der Vorstellung durchdrungen ist, jedes Verfahren fördere die Richtigkeit der Entscheidung, ermögliche das Ausrechnen einzig richtiger Lösungen und diene der Ausmerzung voraussehbarer Störungen ³⁰.

Er deckt sich auch nicht mit der herkömmlichen Wortbedeutung. Üblicherweise versteht man unter Legitimation eine tatsächlich verbreitete Überzeugung "von der Gültigkeit des Rechts, von der Verbindlichkeit bestimmter Normen oder Entscheidungen oder von dem Wert der Prinzipien, an denen sie sich rechtfertigen" ³¹. Legitimation im Sinne Luhmanns bedeutet also nicht Rechtfertigung durch Verfahren. Vielmehr meint sie einen Entscheidungsprozeß, einen Lernprozeß, der darin besteht, daß ursprüngliche Erwartungen umstrukturiert, alte Vorstellungen aufgegeben und neue an ihre Stelle gesetzt werden. Sie äußert sich in einer Übernahme der durch die amtliche Entscheidung nahegelegten Rechtsauffassung und in der Annahme des in einem rechtlich geregelten Verfahren gewonnenen Ergebnisses.

Grundlage dieser Legitimationsfunktion sollen verschiedene Mechanismen sein, die allen Verfahren gemeinsam sind.

An erster Stelle nennt Luhmann ³² die "Rollenübernahme". Die Rollenübernahme gehöre zu den essentiellen Voraussetzungen eines jeden Verfahrens. Jeder Beteiligte habe einen bestimmten Part zu spielen. Im Prozeß müßten die Parteien in das Gewand des rechts-

30. Luhmann, oben N. 29, Seite 12.

31. Luhmann, oben N. 29, Seite 27.

32. Oben N. 29, Seite 82 (87).

suchenden Bürgers schlüpfen. Sie seien gehalten, dem Gericht den entscheidungserheblichen Stoff vorzutragen und alle von der Gegenseite bestrittenen Tatsachen zu beweisen. Ihnen gegenüber stehe das Gericht, das in sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit, nur dem Recht verpflichtet, kraft seiner Kenntnisse feststelle, was Rechtsens sei. Diese Rollenverteilung sei jedoch nicht statisch, sondern dynamisch. Es sei besonders Aufgabe des Gerichts, sie zu überwachen und gegebenenfalls Verhaltensstützen zu geben. Der Richter habe dafür zu sorgen, daß die Parteien nicht abgelenkt und irritiert würden, sondern eine "gute Leistung" vollbrächten³³. Weil die Betroffenen in Ausfüllung der ihnen zugedachten Rolle notwendigerweise am Verfahren beteiligt seien, seien sie eher geneigt, auch ungünstige Entscheidungen zu akzeptieren. Denn die Beteiligung am Entscheidungsvorgang oder auch nur an der Vorbereitung der Entscheidung habe die Funktion eines Ventils für Ressentiments und Kritik.

In der Tat wird die These, daß die Beteiligung am Entscheidungsvorgang die Bereitschaft zur Annahme der Entscheidung fördern könne, durch neueste empirische Untersuchungen bestätigt. Blankenburg hat jüngst festgestellt, daß zwischen Verfahrensbeteiligung und Anzahl der Berufungen eine auffällige Korrelation besteht³⁴. Je stärker die Parteien in den Prozeß integriert werden, umso geringer ist die Zahl derer, die durch Einlegung eines Rechtsmittels zu einem für sie günstigeren Ergebnis gelangen wollen.

33. Vgl. die Aufklärungspflicht des § 139 ZPO.

34. Blankenburg, in: Bender (Hrsg.), Tatsachenforschung in der Justiz, in: Reform der Justizreform, Band 1, 1972, 98 f.

Einen nicht geringen Einfluß auf den Entschluß, eine Entscheidung widerspruchslos zu akzeptieren, soll auch die in Prozessen sich manifestierende "Institutionalisierung von Konflikten" ausüben ³⁵.

Diese inhaltliche Legitimationsfunktion, die auf einer Zügelung der Kritik der Beteiligten beruht, soll aber nur erreicht werden können, wenn die Möglichkeit, Kritik an einer Entscheidung zu üben, institutionell beschränkt ist. Ansonsten fände ein Teil der Betroffenen immer wieder Anlaß, seine Unzufriedenheit wachzuhalten und zu schüren.

Der institutionellen Kritikbeschränkung sollen sowohl die Rechtskraft als auch die "konditionelle Programmierung" eines Verfahrens dienen ³⁶:

Jeder Richter folge im Prozeß einer konditionellen Programmierung, d.h., er habe nach Maßgabe eines "Wenn" das programmierte "Dann" zu wählen. Das Konditionalprogramm beziehe sich auf vergangene Tatbestände (Wenn). Die Folgen der Entscheidung (Dann) habe der Richter nicht mehr zu verantworten. Sie seien vielmehr dem anzulasten, der das Programm erlassen habe und damit bestimmte Zwecke verfolgen wollte ³⁷.

Die Eigenart eines Prozesses liegt nach Luhmann also darin, daß der Betroffene die Endentscheidung widerspruchslos akzeptiert. Luhmann bezeichnet diese Funktion als Legitimation. Sie soll auf verschiedenen Verfahrensmechanismen, z.B. der Rollenverteilung, der Institutionalisierung von Konflikten und der konditionellen Programmierung eines jeden Prozesses beruhen.

35. Luhmann, oben N. 29, Seite 100 ff; Luhmann erwähnt noch andere Faktoren, die aber wegen ihrer relativen Bedeutungslosigkeit hier nicht weiter erläutert werden können.

36. Luhmann, oben N. 29, Seite 130 ff.

37. Dieser konditionellen Programmierung stellt Luhmann eine auf die Zukunft gerichtete Zweckprogrammierung gegenüber.

Luhmann hat das verbindende Moment aller Verfahren mit analytischem Verstand erkannt und erstmals formuliert. Die Legitimationsfunktion, wie er sie versteht, ist in der Tat ein wichtiger Faktor vieler Entscheidungsprozesse. Die Einbeziehung aller Verfahren in seine Untersuchungen ist jedoch nicht problemlos. Die Eigenarten der verschiedenen Verfahrensabläufe mußten dabei zwangsläufig zu kurz kommen. Der von ihm gefundene Prozeßzweck hat insbesondere keine Querverbindung zum Rechtssprechungsmonopol des Staates und zur Justizgarantie des Bürgers. Was aber am schwersten wiegt: Er beantwortet nicht die Frage, in welchem Interesse ein Prozeß liegt. Er ist interessenneutral. Infolgedessen kann die Legitimationsfunktion auch nicht ein bestimmtes Kostenrechtssystem determinieren.

bb) Prozeß als Modalität der Einigung der Parteien

Im Gegensatz zu Luhmann hat Pawlowski³⁸ seine Untersuchungen auf das zivilprozessuale Verfahren beschränkt und nicht versucht, ein allen Verfahren gemeinsames Prinzip zu entdecken.

Er geht von der Annahme aus, es gehöre zum Wesen des materiellen Rechts, daß es unbestimmt und unklar sei (Seite 363). Diese Unklarheit beruhe vor allem auf einer fortlaufenden Änderung des Rechts. Der Prozeß sei notwendig, um festzustellen, "was heute - was in diesem Fall - konkret Recht" sei (Seite 368). Die Fixierung des Rechts auf einen bestimmten Zeitpunkt ist nach Meinung Pawlowskis primär Aufgabe der Beteiligten, nicht des Gerichts. In einem demokratischen Staat dürfe der Richter nämlich nicht selbst-

38. Pawlowski, ZZP 80, 345 ff.

herrlich entscheiden. Er sei vielmehr Vermittler, der "zwischen den Parteien" stehe und "der mit ihnen zusammen das Richtige (das Recht) zu erkennen" suche. Das sei möglich, weil die einzelnen "an sich" das Richtige wollten (Seite 373). Die Interessen des einzelnen und der Allgemeinheit seien im Prozeß also identisch. Deshalb könne man die im Prozeß erreichte Fixierung des Rechts als "Ergebnis der gegenseitigen Verständigung der einzelnen" bezeichnen (Seite 373). Der Prozeß sei also lediglich die Modalität, in der sich die Parteien über die richtige Gestaltung der rechtlichen Zukunft einigten (Seite 389).

Pawlowski hat sein Erklärungsmodell am Idealtypus eines gerichtlichen Vergleichs gewonnen ³⁹. Trotzdem vermag es nicht das Wesentliche eines Vergleichs, geschweige denn eines normalen streitigen Verfahrens, das mit einem Urteil endet, zu erklären ⁴⁰:

Ein Vergleich muß nicht notwendigerweise eine Feststellung dessen enthalten, was Rechtens ist. Die Parteien können im gerichtlichen Vergleich ihre Beziehungen zweckmäßig und zukunftsorientiert lösen, ohne an die wirkliche Rechtslage gebunden zu sein. Sie sind im Rahmen ihrer Privatautonomie frei und unabhängig. Dann kann man einen Vergleich zwar als Modalität der Einigung der Parteien ansehen; man kann jedoch keine Aussage über die Richtigkeit des Vergleichs treffen. Die Richtigkeit eines Ergebnisses hängt nämlich nicht vom Parteiwillen, sondern von einer Subsumtion unter gültiges Recht ab.

39. Oben N. 38, Seite 371, Fußnote 111.

40. Ebenso Jauernig, JuS 1971, 329 (330).

Die Vorstellung, daß jeder "an sich" das Richtige wolle, ist zwar betörend, entspricht aber leider nicht der sozialen Wirklichkeit. Folgte man Pawlowski, wären alle Prozesse nur durch eine unklare Rechtslage bedingt. Bei aller gebotenen Skepsis gegenüber dem Gesetzgeber und trotz einer oft uneinheitlichen Rechtsprechungspraxis der Gerichte ginge eine solche Schlußfolgerung zu weit. Viele Prozesse bieten keinerlei Probleme rechtlicher oder tatsächlicher Art. Sie wurden nur aus eigennützigen Motiven (um beispielsweise Aufschub zu erreichen) vom Zaun gebrochen.

Endlich ist der Richter, der zwischen den Parteien steht, eine Fiktion, aber keine Realität. Ein zwischen den Parteien vermittelnder Richter, der mit ihnen zusammen das Richtige sucht, wäre vielleicht vom Typus her ideal. In den meisten Fällen würde er aber infolge der Uneinsichtigkeit der Parteien, der allen Menschen eigenen Beharrungstendenz auf einem einmal eingenommenen Standpunkt und nicht zuletzt infolge seiner nicht ausreichenden Überzeugungskraft scheitern. Eine derartige Rechtsprechung müßte ineffektiv bleiben. Deshalb haben alle bestehenden Prozeßordnungen den Richter vor und über die Parteien gesetzt und ihn befähigt, kraft seines richterlichen Amtes ex cathedra zu entscheiden ⁴¹. Die Entscheidungsbefugnis ist das Merkmal, das den Richter vom Vermittler unterscheidet ⁴². Während der Vermittler auf die Parteien einwirken muß, um sie zur Annahme einer Lösung zu bewegen, hat der Richter lediglich Normen auf Tatbestände anzuwenden. Nicht Kollegialität zwischen Richter und Parteien ist also das Typische am Prozeß, sondern

41. Vgl. Hagen, ZZP 84, 385 (394).

42. Eckhoff, in: Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, herausgegeben von Hirsch und Rehbinder, 1967, 243 (258 f).

das Unterworfenensein der Parteien unter den Richterspruch⁴³.

cc) Prozeß als institutionalisiertes Modell für Konfliktlösungen

Eine neuere Richtung in der juristischen, insbesondere rechtssoziologischen Literatur, versteht Prozesse als "im gesellschaftlichen Bereich institutionalisierte Modelle für Konfliktlösungen⁴⁴". Sie betrachtet den Prozeß weniger von der juristischen, als von der sozialen Seite her:

Konflikte, d.h. durch widerstreitende Interessen der Parteien hervorgerufene Spannungszustände gehören zum Erscheinungsbild des täglichen Lebens. Sie zeigen sich schon im Schreien des Kleinkindes, das seinen Willen durchzudrücken versucht und setzen sich fort in Streitigkeiten auf dem Arbeitsplatz, in der Ehe, im geschäftlichen und gesellschaftlichen Bereich.

Das Zusammenleben der Menschen kann aber auf Dauer nur funktionieren, wenn diese Konflikte "gelöst" werden. Lösung bedeutet dabei nicht, daß jede Partei mit dem gefundenen Ergebnis einverstanden sein müßte. Damit soll nur ein Verfahrensablauf umschrieben werden, der dadurch gekennzeichnet ist, daß der Brisanz und sozialen Explosivität eines akuten Streites zumindest ein "Sichabfinden" gefolgt ist.

Die Selbsthilfe ist als Modell zur Lösung eines Konflikts ungeeignet. Sie würde nur neue Konflikte konstituieren⁴⁵.

43. Mit Kollegialität einerseits und Unterwerfung andererseits soll nicht eine bestimmte Rangordnung umschrieben werden. Beide Begriffe sind nur funktional zu verstehen.

44. Hagen, ZZP 84, 385 (390).

Vgl. auch Eckhoff, oben N. 42, Seite 269.

45. Vgl. 3. Kapitel, II, 1, a, α.

Sie könnte zwar u.U. den konkreten Streit in seiner ursprünglichen Problemstellung beseitigen, nie aber würde sie ihn endgültig lösen. Eine gütliche Einigung ist aber oft ausgeschlossen ⁴⁶. Zum Beispiel dann, wenn die Parteien an einer Kompromißlösung überhaupt nicht ernstlich interessiert sind oder wenn der Streitgegenstand unteilbar ist. Sollte die abstrakte Möglichkeit, einen Kompromiß zu schließen, mit einer Einigungsbereitschaft der Parteien zusammenfallen, kann es trotzdem schwierig sein, ein allerseits befriedigendes Ergebnis auszuhandeln, weil dem gemeinsamen Interesse, den Konflikt zu lösen, ein verschiedenes Interesse hinsichtlich des Inhalts einer möglichen Lösung entspricht.

In diesen Fällen muß ein Dritter an der Konfliktlösung beteiligt werden. Dazu ist ein Richter am ehesten geeignet, da er funktionell und persönlich für derartige Situationen prädestiniert ist: Funktionell deshalb, weil ein Richter im Gegensatz zu einem Vermittler sich bei seiner Tätigkeit auf Normen, nicht auf Interessen stützt ⁴⁷. Die richtige Lösung eines Streitfalles hängt in einem modernen Staat aber von der Subsumtion unter Rechtssätze ab. Die persönliche Geeignetheit ist eine Folge der Rechtskenntnisse und der Unabhängigkeit des Richters.

Der Prozeß ist also das Modell für Konfliktlösungen, das sowohl die Interessen der Allgemeinheit (durch den Ausschluß des neuen Konflikte konstituierenden Selbsthilferechts) als auch die Interessen der Parteien optimal berücksichtigt.

Die Interpretation des Prozesses als ein institutionalisiertes Modell für Konfliktlösungen ist verdienstvoll. Sie verläßt das typische Scheuklappendenken des Juristen, das darin besteht, Sachverhalte des täglichen Lebens mit

46. Eckhoff, oben N. 42, Seite 249 ff.

47. Eckhoff, oben N. 42, Seite 258.

juristischem Bezug nur juristisch erklären zu wollen und öffnet den Blick für die soziale Seite eines jeden Prozesses. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß jeder Prozeß nicht nur eine soziale, sondern auch eine juristische Komponente hat. Diesem typisch juristischen Aspekt soll im folgenden weiter nachgegangen werden.

dd) Mittel zur Herbeiführung von Rechtskraft

Will man das Wesentliche eines Prozesses ergründen, ist es von Nutzen, sich auf die Motivation der Parteien, einen Prozeß zu führen, rückzubesinnen.

Der stärkste Anreiz zum Prozessieren geht zweifellos von § 704 ZPO aus, der die zwangsweise Durchsetzung einer Rechtsposition von ihrer vorherigen Feststellung durch ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil abhängig macht. Jedem, der den staatlichen Zwangsapparat zur Wahrung seiner Rechte in Anspruch nehmen will, bleibt im allgemeinen nichts anderes übrig, als das Verfahren einzuschlagen, an dessen Ende das Urteil steht und das man als Prozeß zu bezeichnen pflegt.

Es wäre freilich verfehlt, aus § 704 ZPO den Schluß ziehen zu wollen, ein Prozeß habe nur den Zweck, vollstreckungsfähige Entscheidungen zu liefern. Nicht die Vollstreckbarkeit, sondern die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung ist die wichtigste Prozeßmotivation der Parteien:

Die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urteils (§§ 706 ff ZPO) bildet nur ein Übergangsstadium zur Rechtskraft. Dadurch wird lediglich eine Folge der Rechtskraft, nämlich die Vollstreckbarkeit, zeitlich vorverlegt. Außerdem wäre ein sich an der Vollstreckung orientierender

Prozeßzweck zu eng. Denn viele Entscheidungen des Gerichts sind nicht vollstreckbar. Das gilt z.B. für alle klageabweisenden Urteile. Die Interessenlage der Parteien ist aber insoweit nicht viel anders. Wenn nämlich § 704 in Verbindung mit § 322 ZPO bestimmt, daß eine Vollstreckung ein für allemal ausgeschlossen ist, wenn ein im Prozeß erhobener Anspruch durch Urteil abgewiesen wurde, hat der Beklagte sehr wohl ein eigenes Interesse an der rechtskräftigen Feststellung des Nichtbestehens eines vom Kläger behaupteten Rechts.

Aus der Sicht der Parteien dient der Prozeß also in erster Linie der Herbeiführung von rechtskräftigen Entscheidungen. Goldschmidt hat diesen Zweck schon frühzeitig erkannt und in seinem Buch "Der Prozeß als Rechtslage" zum alleinigen Prozeßziel erklärt ⁴⁸.

Neuerdings meint zwar Jauernig ⁴⁹, Goldschmidts Zweckbestimmung sei eine bloß formale; sie bleibe deshalb für die konkrete Ausgestaltung des Prozeßrechts ohne jede Folge; für den Prozeßgesetzgeber sei sie praktisch wertlos ⁵⁰. Ich kann mich diesem Einwand jedoch nicht generell anschließen:

Sicherlich zielt ein Erklärungsversuch, der den Prozeßzweck in der Gewinnung rechtskräftiger Urteile sieht, weniger auf den Inhalt eines Prozesses als auf ein bloß formales Kriterium ab. Ein solcher Versuch findet seine Rechtfertigung aber in der Institution eines Prozesses an sich: Der Prozeß nimmt in unserer Rechtsordnung eine Zwitterstellung ein. Einerseits bezeichnet er das Verfahren, in dem über eine Klage entschieden wird; anderer-

48. Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, 1925, 151.

49. JuS 1971, 329 f.

50. Kritisch zur Lehre Goldschmidts auch Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, 49 f.

seits ist er die Voraussetzung für eine zwangsweise Durchsetzung von Rechten. Im ersten Falle erfüllt er eine inhaltliche, im zweiten eine mehr formale Funktion.

Die Kritik an Goldschmidt ist nur insoweit berechtigt, als er in der Rechtskraftwirkung den alleinigen Prozeßzweck sieht und nicht nur den formalen ⁵¹.

Nicht beigespflichtet werden kann Jauernigs Schlußfolgerung, Goldschmidts Prozeßzweck müsse ohne jede Folge für die praktische Ausgestaltung des Prozeßrechts bleiben. Er hat zumindest Rückwirkungen auf das Kostenrecht. Da das Kostenrecht in hohem Maße interessenkonform sein soll ⁵², ist es von ausschlaggebender Bedeutung, ob ein Prozeß sich lediglich am Parteiinteresse orientiert, oder ob er als Zwangsvollstreckungsvoraussetzung der Rechtssicherheit und -klarheit, also öffentlichen Interessen, dient.

Als Ergebnis kann also festgehalten werden: In formeller Hinsicht besteht der juristische Zweck eines Prozesses darin, rechtskräftige Entscheidungen zu liefern.

β) Materielle Prozeßzwecke

Hier herrscht seit langem Streit zwischen Verfechtern einer subjektiven und Anhängern einer objektiven Theorie.

51. Vgl. auch Henckel, oben N. 50, Seite 50.

52. So im Ergebnis Haller, Die Steuern, Grundlinien eines rationalen Systems der öffentlichen Abgaben, Seite 27.

aa) Subjektive Theorie: Konkretisierung subjektiver
Rechte und Rechtsfortbildung

Ausgangspunkt aller Überlegungen muß der Inhalt eines Prozesses sein. War zur Erforschung des formellen Prozeßzweckes nach der Triebfeder eines Prozesses zu fragen, so liefert uns die Frage nach dem Geschehen im Prozeß Einsichten in den materiellen Zweck eines Prozesses.

Im Prozeß wird Recht gesprochen. Das heißt: Es wird entweder festgestellt, welche Partei im Recht ist (Feststellungsurteil), was eine Partei zu tun hat (Leistungsurteil), oder es wird ein Lebenssachverhalt neu geordnet (Gestaltungsurteil). Alle drei Urteilsarten haben das Bestehen subjektiver Rechte bzw. rechtlich geschützter Interessen zur Voraussetzung.

Die herrschende Meinung in der juristischen Literatur sieht deshalb den alleinigen oder zumindest primären Prozeßzweck in der Durchsetzung subjektiver Rechte⁵³. Zur Begründung verweist sie auf die Dispositions- und Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß, also auf die Befugnis des einzelnen, willkürlich zu entscheiden, ob er die Hilfe eines Gerichts in Anspruch nehmen oder ein Rechtsmittel einlegen soll bzw. auf die Verantwortlichkeit der Parteien für die Beschaffung des Tatsachenmaterials⁵⁴.

Henckel versteht den Zivilprozeß als ein Verfahren zur "Ausübung" subjektiver Privatrechte und privatrechtlich geschützter Interessen⁵⁵. Ein Kläger könne nämlich mit

53. Z.B. Baur, in: *Summum ius, summa iniuria*, 1963, 163; Jauernig, JuS 1971, 331; Rosenberg-Schwab, *Zivilprozeßrecht*, 10. Auflage, § 1, III, 1 und 2. Wohl ebenso Blomeyer, *Zivilprozeßrecht*, 1963, § 1, I, 4.

54. Jauernig, oben N. 53

55. Oben N. 50, Seite 61 ff.

seiner Rechtsverfolgung auch aus prozessualen und nicht bloß aus materiellrechtlichen Gründen scheitern (Beispiele: Klage ist unzulässig; der Kläger kommt deshalb nicht zu seinem Recht, weil er einen Termin versäumt, Fristen nicht einhält, entscheidungserhebliche Tatsachen nicht vorträgt usw.). Zweck einer Prozeßordnung, die einem Kläger trotz Bestehens einer materiellen Rechtsposition u.U. das Recht verweigere, könne niemals die Durchsetzung, sondern allenfalls die Ausübung eines Rechts sein.

Beide Definitionen sind mißverständlich und wohl auch zu eng.

Mißverständlich deshalb, weil die Durchsetzung bzw. Ausübung eines Rechts im Sinne einer Zuteilung des *sum cuique* niemals Bestandteil des Erkenntnisverfahrens, sondern des anschließenden Zwangsvollstreckungsverfahrens ist.

Zu eng, weil sie die Prozeßwirkungen auf die Parteien des konkreten Prozesses beschränken, die Ausstrahlung eines Urteils auf Umwelt und Zukunft jedoch ignorieren.

Im Urteil als dem Ergebnis eines Prozesses wird ein Recht nicht durchgesetzt, sondern lediglich festgestellt. Die richtige Lösung eines Konflikts ist nämlich durch das materielle Recht bereits vorgezeichnet. Der Richter hat sie nur zu finden. Feststellen darf man in diesem Zusammenhang freilich nicht in einem engen technischen Sinn verstehen. Mit Feststellen soll nur eine bindende Stellungnahme des Gerichts zu einem im Prozeß befangenen Lebenssachverhalt umschrieben werden. Auch Leistungs- und Gestaltungsurteile enthalten eine Feststellung dieser Art. Der Einwand, in vielen Fällen werde der Richter rechtsschöpferisch tätig, verfängt dagegen nicht. Denn dann schließt er nur eine klaffende Rechtslücke oder trägt einer gewandelten Rechtsüberzeugung Rechnung; d.h.,

er stellt fest, was in diesem Fall, zu diesem Zeitpunkt, Rechtens ist. Er konkretisiert also nur das Recht ad hoc.

Inzident dient jedes Urteil zugleich der Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und Rechtsfortbildung ^{55a}. Die inter partes Wirkung eines Urteils (§ 325 ZPO) steht dazu nur scheinbar im Widerspruch. Nur die Rechtskraftwirkung ist auf die Parteien beschränkt. § 325 ZPO schließt nicht aus, daß jedes Urteil mittelbare Auswirkungen auf Umwelt und Zukunft hat. Dieser Ausstrahlungseffekt zeigt sich, wenn ein potentieller Kläger vor Klageerhebung seine Chancen an Hand sogenannter Präjudizien abwägt oder wenn sich der Richter bei seiner Urteilsfindung auf obergerichtliche Urteile stützt. Zwar kennt der deutsche Zivilprozeß keine Bindung des Unterrichters an Entscheidungen der Obergerichte. In der Praxis spielen aber höchstrichterliche Urteile u.a. wegen der immer komplizierter werdenden Lebenssverhältnisse und der daraus resultierenden beschränkten Sachkenntnis eines jeden Richters eine immer größere Rolle.

Wenn Sauer ⁵⁶ dieser Feststellungs- bzw. Konkretisierungsfunktion seine Kreationstheorie ⁵⁷ gegenüberstellt, so kann ihm in den Ausgangsüberlegungen, aber wohl nicht im Ergebnis gefolgt werden. Gewiß, der Prozeß ist nichts Statisches, sondern ein dauerndes Vorwärtsschreiten, ein Suchen nach Wahrheit und Recht. Sauer berücksichtigt aber meines Erachtens zu wenig die Bedeutung des Gewaltenteilungsprinzips. Die Gestaltung und Schaffung des Rechts ist primär Aufgabe der Exekutive und nicht der Judikative.

55a. Darauf weist insbesondere Blomeyer, Zivilprozeßrecht, 1963, § 1, I, 4 hin.

56. Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, 1951, 2.

57. Sauers "Kreationstheorie" besagt folgendes: Der Richter hat das Recht "zu gestalten, zu schaffen, zu schöpfen, gleichwie der Forscher schöpferisch die neue Erkenntnis, der Künstler schöpferisch das Werk hervorbringen" (Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, 1951, Seite 2).

Nicht recht einzusehen ist auch, weshalb in der von Sauer abgelehnten Meinung eine "Herabwürdigung des Richters" zu sehen sein soll. Erleidet etwa der Bäcker einen Prestigeverlust, weil er das Korn nicht selbst zu Mehl mahlt, sondern Mehl vom Müller bezieht? Warum soll es etwas Ehrenrühriges sein, wenn sich jeder Berufsstand auf seine ureigenen Funktionen zurückzieht?

Bleibt also nur zu überlegen, ob die Konkretisierung subjektiver Rechte und die Rechtsfortbildung einziger materieller Prozeßzweck ist ⁵⁸ oder nur einer neben anderen.

bb) Objektive Theorie: Schutz von Rechtsinstituten

Anhänger einer sogenannten objektiven Prozeßrechtstheorie sehen Sinn und Zweck eines Prozesses in der Bewährung des objektiven Rechts, im Schutz von Rechtsinstitutionen ⁵⁹.

In der Tat läßt sich ihre Ansicht durch einige Besonderheiten des materiellen und prozessualen Rechts stützen:

Unsere Rechtsordnung kennt nicht nur subjektive Rechte und rechtlich geschützte Interessen, sondern daneben auch Rechtsinstitutionen, wie z.B. Ehe, Eigentum, Erbrecht usw. Diese Rechtsinstitute stehen gleichrangig neben den Individualrechten.

Wenn der einzelne ein Recht einklagt, so kann das durchaus indirekt auch der Aufrechterhaltung des Instituts dienen ⁶⁰. Typische Beispiele dafür finden sich im Ehe-

58. So z.B. Baur, in: *Summum ius, summa iniuria*, 1963, 103 und Rosenberg-Schwab, *Zivilprozeßrecht*, 10. Auflage, § 1, III, 1 und 2.

59. Z.B. Klein, Klein-Engel, *Der Zivilprozeß Österreichs*, 1927, 188, 190, 202.

60. Raiser, in: *Summum ius, summa iniuria*, 159 bezeichnet den Kläger sogar als "Funktionär der Gesamtrechtsordnung".

recht. Gemäß § 24 Abs. 1 EheG kann der Bigamist auf Vernichtung seiner zweiten Ehe klagen. Diese Befugnis bezweckt in erster Linie den Schutz der Institution Ehe. Wäre dem nicht so, ließe sich das dem Staatsanwalt daneben zustehende Klagerecht (§ 24 Abs. 1 EheG) nicht rechtfertigen.

Noch weiter geht das Prozeßrecht der UdSSR, das eine generelle Klagebefugnis des Staatsanwalts vorsieht ⁶¹. Man darf freilich nicht Prozeßzwecke sozialistischer Staaten östlicher Couleur kritiklos auf freiheitlich demokratische Staatswesen übertragen.

Kommunistische Staaten kennen nämlich keine subjektiven Rechte in unserem Sinne, wenn sie auch denselben Terminus verwenden ⁶².

Wir verstehen unter subjektivem Recht eine dem einzelnen zustehende Berechtigung, sein Interesse dem Staat gegenüber geltend zu machen. Wesentlich ist die prinzipiell uneingeschränkte Durchsetzbarkeit ⁶³.

61. Art. 12 der Zivilprozeßordnung der RSFSR.

62. Jauernig, JuS 1971, Seite 332.

63. Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Auflage, § 8, II.

Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, 1. Halbband, § 72, a bezeichnen das subjektive Recht als "eine Rechtsmacht, die dem einzelnen durch die Rechtsordnung verliehen ist, seinem Zwecke nach ein Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen".

Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, 1972, § 13, I meint, das subjektive Recht bringe zum Ausdruck, daß einer Person etwas rechtens zukomme oder gebühre.

Lange, BGB Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1973, § 11, II, 2, c schreibt, das subjektive Recht strebe nach Durchsetzung.

A.A. offensichtlich Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1973, § 2, II, i. Nach seiner Ansicht ist ein subjektives Recht kein Machtverhältnis. Dies soll auch gelten, wenn "unter Macht verstanden wird, daß der Berechtigte die Möglichkeit habe, den Schutz der staatlichen Gerichte oder Behörden anzurufen oder sich deren Hilfe bei der Durchsetzung eines Verlangens zu bedienen".

Ob man dagegen - wie Windscheid - die "Herrschaftsmacht" ⁶⁴ oder - wie Ihering - mehr das "rechtlich geschützte Interesse" ⁶⁵ betonen will, kann jedenfalls im konkreten Zusammenhang offen bleiben. Subjektive Rechte kommunistischer Doktrin stehen dagegen "unter dem überragenden Gesichtspunkt der Verantwortung gegenüber der Gesellschaft bei der Ausübung aller damit verbundenen Befugnisse" ⁶⁶. Subjektive Rechte westlicher und östlicher Lesart sind also etwas prinzipiell Verschiedenes.

Für den Prozeßzweck folgt daraus: Der Schutz von Rechtsinstituten kann alleiniger Prozeßzweck in kommunistischen, nie jedoch in freiheitlich demokratischen Staatenwesen sein. Die Rechte des Bürgers genießen in einem Rechtsstaat nicht, wie Klein ⁶⁷ meint, Schutz nur als Teile oder Zellen eines Ganzen, sondern aus sich selbst. Der Prozeß ist nicht nur eine "Verwaltungsmaßregel" ⁶⁸, sondern ein Verfahren, das sich in erster Linie an den Individualinteressen und erst in zweiter Linie am Gemeinwohl (was das Typische einer Verwaltungsmaßnahme wäre) orientiert.

cc) Doppelfunktion des Prozesses: Rechtsschutzfunktion und Bewährung der objektiven Rechtsordnung

In jüngster Zeit hat deshalb zu Recht die Meinung immer mehr an Boden gewonnen, die den Zweck eines Prozesses weder auf die Konkretisierung subjektiver Rechte, noch

64. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, 9. Auflage, 1906, § 37.

65. Ihering, Geist des römischen Rechts, III, 1894, § 60.

66. Püschel, NJ 1970, 166.

67. Oben N. 59, Seite 188.

68. Klein, oben N. 59, Seite 190.

auf die Bewährung des objektiven Rechts beschränken will⁶⁹. Der Prozeß hat materiell zweierlei Aufgaben, eine subjektive und eine objektive⁷⁰. Oder, wie Rimmelspacher⁷¹ sagt: "Ideales Ziel des Zivilprozesses ist die Wahrung des Rechtsfriedens, reales Ziel im Rahmen des idealen der Schutz subjektiver Privatrechte."

Fraglich ist nur, ob man Jauernig beipflichten kann, der zwar auch der Ansicht ist, der Prozeß könne der Wahrung eines Rechtsinstituts bzw. dem Schutz subjektiver Rechte dienen, der aber nicht beide Zwecke in einem Prozeß verwirklicht sieht, sondern immer nur einen, je nachdem, welches Ziel das materielle Recht verfolgt⁷².

Es wäre meines Erachtens verfehlt, den Prozeß zur Erforschung seines Zweckes in die verschiedensten Prozeßarten aufzuspalten. Denn dann müßten auch die aus dem Prozeßzweck abzuleitenden Folgerungen verschieden sein. Konkret: Das prozeßzweckkonforme Kostenrecht wäre einheitlich.

Jauernigs Meinung widerspricht auch der Lebenserfahrung: Der Bigamist, der nach § 24 Abs. 1 EheG auf Vernichtung seiner zweiten Ehe klagt, läßt sich subjektiv von persönlichen Interessen leiten, mögen sich diese auch auf die Herbeiführung eines ordnungsgemäßen Rechtszustandes beschränken. Zugleich dient der Prozeß aber unbestrittenmaßen auch dem Schutz der Institution Einehe.

69. Z.B. Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Auflage, Einl. C, IV; Raiser, in: Summum ius, summa iniuria, Seite 145 ff. Indirekt auch Raiser, JZ 1961, 465 (472).

70. Baur, oben N. 58 will dagegen die Bewährung des Rechts nur als "Neben- oder Abfallprodukt des Prozesses" gelten lassen. Auch Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Auflage, § 1, III, 2 meinen, die Bewährung des objektiven Rechts sei kein selbständiger Prozeßzweck.

71. Rimmelspacher, Zur Prüfung vom Amts wegen im Zivilprozeß, 1966, Seite 23.

72. Jauernig, JuS 1971, Seite 331 f.

g) Sonderproblem der Revision

Die Revision nimmt bei der Prüfung der Prozeßzwecke eine Sonderstellung ein. Als prozessuale Einrichtung wird sie zwar vom Prozeßzweck an sich mitgetragen ⁷³, doch darf nicht übersehen werden, daß in der Revision der Streitfall nicht neu aufgerollt wird, sondern daß lediglich das Urteil und insbesondere das Verfahren der Vorinstanz kontrolliert werden ⁷⁴.

Über den Zweck der Revision herrscht seit langem Streit. Besonders Ende der fünfziger und Anfang der sechziger Jahre wurde dieses Thema ausgiebig in der Literatur erörtert ⁷⁵. Inzwischen ist die Diskussion etwas abgeebbt, ohne daß es aber in der Sache selbst zu einer Annäherung der Standpunkte gekommen wäre.

Drei Meinungen lassen sich unterscheiden: Die erste betont das Interesse der Allgemeinheit an der Revision. Die zweite will dagegen keinen Unterschied zum normalen Prozeß sehen. Auch in der Revision soll das Parteiinteresse im Vordergrund stehen. Eine dritte Richtung vertritt schließlich eine vermittelnde Theorie.

73. Pohle, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, 1962, Seite 10.

74. Vgl. § 549 ZPO.

75. Baur, ZZP 71, 161 ff;
 Jagusch, NJW 63, 1 ff;
 Kregel, Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Band 2, 5 ff;
 Möhring, NJW 62, 1 ff;
 Paulus, ZZP 71, 128 ff;
 Redeker, Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Band 2, 29 ff;
 Reuß, DÖV 1959, 10 ff;
 Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, 1961, Seite 142 ff.

aa) Interesse der Allgemeinheit an der Revision

Als Revisionszweck wird von der h.M. in der Literatur an erster Stelle die Sicherung der Rechtseinheit genannt ⁷⁶. Rechtseinheit soll durch eine einheitliche Rechtsauslegung und -anwendung und nicht zuletzt durch richterliche Rechtsfortbildung des Revisionsgerichts erreicht werden.

Eine Begründung für diese Meinung läßt sich an Hand einer Abwägung verschiedener Rechtsprinzipien und auf Grund der besonderen Ausgestaltung des Revisionsverfahrens finden:

Zwei Prinzipien sind für unser Rechtsdenken kennzeichnend: Das Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit und das der Rechtssicherheit. Beide stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander. Während der Normalprozeß vornehmlich der Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit gewidmet ist, dient die Rechtskraft der Rechtssicherheit. Dazwischen liegt die Revision. Einerseits soll sie zur richtigen, d.h. zur gerechten Entscheidung des konkreten Einzelfalles führen, andererseits steht sie einer richtigen Streitentscheidung zum Teil geradezu gleichgültig gegenüber. Denn die Überprüfung des Falles in tatsächlicher Hinsicht ist ihr verwehrt ⁷⁷. Wenn noch hinzukommt, daß Revisionsgerichte nur gerügte Verfahrensfehler berücksichtigen können ⁷⁸ und wenn die Revision in jeder Prozeßordnung nur für einen geringen Prozentsatz von Streitfällen eröffnet ist, dann muß sie noch von einem anderen Zweck als der Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit beherrscht sein.

76. Z.B. Baur, ZZT 71, 176 f;
Kregel, oben N. 75, Seite 27;
Pohle, oben N. 73, Seite 14.

77. § 549 ZPO.

78. § 559 ZPO.

Zur Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit wäre die Revision auch von der Zuständigkeitsverteilung her nicht in der Lage. Eine zentrale Instanz, wie der Bundesgerichtshof, wäre mit einer allumfassenden Kontrolle der unteren Gerichte überfordert ⁷⁹.

Im Regelfall, d.h. für Rechtsstreitigkeiten, die nur die beiden Parteien interessieren, ist eine dritte Instanz auch nicht nötig ⁸⁰. Die theoretische Möglichkeit einer gerechteren Entscheidung durch eine dritte Instanz stünde zum Mehraufwand der Justiz in einem un-
ausgewogenen Verhältnis.

bb) Revision im Parteiinteresse

Wenn Jagusch ⁸¹, Möhring ⁸² und Redeker ⁸³ das primäre Ziel der Revision in der gerechten Fallentscheidung und nicht in der Wahrung der Rechtseinheit erblicken, berücksichtigen sie meines Erachtens nicht gebührend den prinzipiellen Unterschied zwischen Revision und Tatsachenprozeß: Die Revision ist eben keine normale dritte Instanz ⁸⁴, sondern ein Rechtsbehelf besonderer Art ⁸⁵. Deshalb kann Redeker ⁸⁶, der unter der Geltung der Art. 95, 96 a.F. GG meinte, aus den Art. 95, 96 a.F. ergebe sich, daß der Bundesgerichtshof nicht zur Wahrung der Rechtseinheit berufen sei, nicht gefolgt werden. Gewiß, Art. 96 a.F. hat den oberen Bundesgerichten nicht ebenso wie Art. 95 a.F. dem obersten Bundesgericht die Wahrung der Rechtseinheit zur Auf-

79. Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, 1961, Seite 155.

80. Kregel, oben N. 75, Seite 27.

81. Oben N. 75, Seite 1.

82. NJW 1962, Seite 3.

83. Oben N. 75, Seite 40.

84. So aber Jagusch, NJW 1963, Seite 1.

85. Kregel, oben N. 75, Seite 12.

86. Oben N. 75, Seite 40.

gabe gestellt. Art. 95 a. F. enthielt aber weniger eine Zweckbestimmung als eine Zuständigkeitsnorm. Auch aus Art. 95 Abs. 3 n. F. GG ergibt sich für den Revisionszweck nichts anderes: Zwar ist nach dieser Vorschrift zur "Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung" ein Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe zu errichten. Der Gemeinsame Senat soll aber nur divergierende Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in ein und derselben Rechtsfrage verhindern. Art. 95 Abs. 3 n. F. schließt damit also nicht aus, daß auch der Bundesgerichtshof seinerseits zur Wahrung der Rechtseinheit einen wesentlichen Beitrag leistet. Auch der Einwand von Reuß⁸⁷, die sich vom Normalverfahren nicht unterscheidende Kostenrechtsregelung sei ein Indiz für die Kongruenz der Zwecke, verfängt nicht. Der Schluß vom Kostenrecht auf den Prozeßzweck ist methodisch problematisch. Denn das Kostenrecht bedingt nicht den Prozeßzweck, sondern umgekehrt ist das Kostenrecht eine Folge des Zwecks. Zwar kann prinzipiell auch rückwärts von einer Rechtsfolge auf den dieser Folge zugrundeliegenden Zweck geschlossen werden. Im konkreten Fall ist aber nicht auszuschließen, daß das Kostenrecht in der Revision dem Revisionszweck nicht entspricht, weil u.a. der Revisionszweck verkannt wurde. Dann kann aber ein Schluß vom Kostenrecht auf den Revisionszweck nicht weiterhelfen.

cc) Vermittelnde Theorie

Hauptzweck der Revision ist also ein allgemeiner, d.h. ein öffentlicher. Zweifellos erstrebt die Revision aber daneben auch eine gerechte Entscheidung des dem Gericht vorgelegten Streitfalles. Die Frage ist nur, ob es sich

87. DÖV 1959, Seite 11.

dabei um eine notwendige Nebenfolge, um ein Abfallprodukt, wie Baur⁸⁸ sich ausdrückt oder um einen eigenen Zweck handelt.

Letzteres dürfte zutreffen⁸⁹. Die Revision bleibt trotz aller Besonderheiten ein gerichtliches Verfahren. Ein gerichtliches Verfahren, in dem sich Kläger und Beklagter gegenüberstehen, zielt aber wesensnotwendig auf eine gerechte Entscheidung des Falles. Mag das Urteil zur Wahrung der Rechtseinheit noch so Wesentliches beitragen, ergeht es doch der Parteien wegen. Für sie und nur für sie entfaltet es Rechtskraft (§ 325 ZPO).

dd) Ausformung der Revision in der ZPO

Diese Dipolarität mit Schwergewicht auf dem allgemeinen Zweck zeigt sich auch in der ZPO:

Das Ziel der Rechtseinheit hat in der Zulassungsrevision (§ 546 Abs. 1 und 2 ZPO) seinen Niederschlag gefunden. Das Interesse der Parteien an der Revision wurde durch die zulassungsfreie Wertrevision (§ 540 Abs. 1 ZPO) und nicht zuletzt durch die Beibehaltung der allgemeinen Prozeßmaximen (Verhandlungs- und Dispositionsmaxime) gewahrt.

♣ Ergebnis

Der Prozeß dient in formeller Hinsicht der Herbeiführung rechtskräftiger Entscheidungen. Materiell erfüllt er eine doppelte Funktion:

88. Oben N. 70.

89. Vgl. Pohle, oben N. 73, Seite 15 f.

Er bezweckt den Rechtsschutz der Prozeßparteien (durch Konkretisierung subjektiver Rechte und Rechtsfortbildung), aber auch die Bewährung der objektiven Rechtsordnung.

Die Revision nimmt in den Prozeßzwecken eine Sonderstellung ein. In erster Linie dient die Revision der Wahrung der Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsauslegung und -anwendung bzw. durch richterliche Rechtsfortbildung; in zweiter Linie der Herbeiführung einer gerechten Entscheidung, d.h. der Konkretisierung des Rechts im Einzelfall. Primärer Zweck ist also ein öffentlicher, sekundärer ein privater.

Wenn der Prozeß auch der Bewährung der objektiven Rechtsordnung dient und wenn die Revision in erster Linie die Wahrung der Rechtseinheit bezweckt, darf das Kostenrecht darüber nicht hinwegsehen. Denn es sollte ja in hohem Maße interessenkonform sein. Welche Änderungen des Kostenrechts durch den Prozeßzweck im einzelnen angezeigt sind, soll jedoch erst später^{89a} erörtert werden.

c) Wesen und Legitimation des Kostenrechts

Wurde vorstehend der Versuch unternommen, die Aufgabe der Rechtsprechung und den Zweck eines Prozesses etwas näher zu durchleuchten, so soll im folgenden das Augenmerk auf das Kostenrecht selbst gelegt werden. Zu prüfen wird also sein, welche Bedeutung das Kostenrecht hat und ob es innerlich gerechtfertigt ist. Mit anderen Worten: Es ist nach dem Wesen und der Legitimation des Kostenrechts zu fragen.

^{89a}. Siehe S. 182 f, 185 f, 194.

Das Wesen und die Legitimation des Kostenrechts stehen in einem engen Zusammenhang. Insbesondere die Legitimation kann niemals abstrakt betrachtet werden. Das Problem der inneren Rechtfertigung läßt sich nämlich nur dann zufriedenstellend lösen, wenn das Wesen, d.h. die Rechtsnatur und der Grund einer kostenrechtlichen Norm, bekannt ist. Beide Fragen lassen sich u.U. durch die Theorien zum Prozeßkostenrecht beantworten.

α) Theorien zum Prozeßkostenrecht

Die Theorien zum Prozeßkostenrecht wurden bereits vor oder kurz nach Erlaß der Reichsjustizgesetze vom 30.1.1877 entwickelt. Später wurde es um dieses Thema auffallend still. Der Grund für diese Zurückhaltung dürfte darin zu suchen sein, daß mit Einführung der ZPO und des GKG die Notwendigkeit und die Bereitschaft, nach dem Sinn und Zweck des Prozeßkostenrechts und damit nach dem besten Kostenrecht zu fragen, immer mehr sank. Neuere Literatur zu den verschiedenen Kostenrechtstheorien fehlt daher völlig.

Die Theorien zum Prozeßkostenrecht beziehen sich auf zwei Problemkreise. Zum einen sollen sie das Wesen und die Legitimation der Kostenschuld, auch Kostenpflicht genannt, das heißt der öffentlichrechtlichen Pflicht gegenüber dem Staat, Gerichtskosten zu zahlen, erläutern und begründen. Zum anderen zielen sie auf die Kostenerstattungspflicht, das heißt die Pflicht der im Prozeß unterlegenen Partei, die Kosten des Gegners zu ersetzen, ab⁹⁰. Die einzelnen Theorien halten

90. Die Pflicht, Kostenvorschüsse zu leisten, soll in diesem Zusammenhang außer Acht gelassen werden.

aber diese Unterscheidung nicht exakt ein. Zum Teil berücksichtigen sie nur die Kostenerstattungspflicht⁹¹, zum Teil vermengen sie beides⁹².

aa) Straftheorie

Die sogenannte Straftheorie wurde bereits im 18. Jahrhundert entwickelt⁹³. Ihre Hauptvertreter waren Henne-
mann, Emmerich und Dernburg⁹⁴.

Sie besagt im wesentlichen folgendes: Die Belastung mit Kosten ist Strafe für schuldhaft rechtswidriges Verhalten. Ein solches soll aber nach dieser Lehre nur im Falle "frivolen Prozessierens" vorliegen, also dann, wenn der unterlegenen Partei ein schwerer Vorwurf zu machen ist, weil sie sich nicht freiwillig an die Rechtsordnung gehalten hat. Frivoles Prozessieren stelle nämlich eine Rechtsverletzung gegenüber dem Prozeßgegner und gegenüber dem Staat in seiner richterlichen Funktion dar: Der im Prozeß unterliegende Kläger habe sich in einem solchen Fall nämlich dem Beklagten gegenüber vorsätzlich zu Unrecht ein Recht angemaßt, der im Prozeß unterliegende Beklagte habe dagegen dem Kläger vorsätzlich zu Unrecht ein Recht verweigert. In beiden Fällen habe sich der unterliegende Teil also einer Rechtsverletzung seines Gegners schuldig gemacht. Frivoles Pro-

91. Z.B. die Theorie Waldners, vgl. unten β , cc.

92. Unklar drücken sich manche Vertreter der sogenannten Zweckmäßigkeitstheorie aus. Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, Neudruck der 3. Auflage von 1878, 1969, 565 versucht nur die Kostenerstattungspflicht zu begründen. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozeßrechts, 1873, 735 bezieht sich offenbar auf beides, wenn er auch mißverständlich vom "Ersatz" der Prozeßkosten spricht.

93. Die folgenden Ausführungen beruhen auf Waldner, Die Lehre von den Prozeßkosten, 1883, S. 42 unten ff.

94. Waldner, oben N. 93, S. 42, Fußnote 42.

zessieren beeinträchtigt aber auch Rechte des Staates, weil darin ein Mißbrauch des Prozeßinstituts (vgl. Waldner, S. 43) zu erblicken sei.

Grund der Kostenschuld bzw. der Kostenerstattungspflicht ist demnach die bewußte Rechtsanmaßung bzw. Anspruchsverweigerung, gekoppelt mit einer von der Rechtsordnung nicht gebilligten Inanspruchnahme der Institution Prozeß.

Da nach dieser Theorie die Kostenbelastung Strafe für schuldhaft rechtswidriges Tun ist und da ein solches nur im Falle "frivolen Prozessierens" vorliegen soll, kann sie nur in den seltenen Fällen bewußter Anspruchsverweigerung oder Rechtsanmaßung eine Kostenbelastung begründen. In allen sonstigen Fällen, also z.B. bei leichter Fahrlässigkeit oder gar bei zweifelhafter Rechtslage bietet sie dagegen keine Lösung der Kostenfrage an. Aus diesem Grunde hat man die Straftheorie schon bald fallen gelassen und an ihre Stelle die sogenannte Ersatztheorie gestellt.

bb) Ersatztheorie

Die Ersatztheorie wurde Ende des 18. Jahrhunderts aufgestellt ⁹⁵. Ihr Begründer war Weber ^{95a}.

Der Name "Ersatztheorie" ist etwas mißverständlich. Diese Theorie ist nämlich ihrem Wesen nach nichts anderes als eine Modifikation der Straftheorie. Sie unterscheidet sich von dieser nur im Maß des Verschuldens, das die Verpflichtung zum Kostenersatz auslösen soll. Konnte die

⁹⁵. Waldner, oben N. 93, S. 45.

Die folgenden Ausführungen beruhen auf Waldner, oben N. 93, S. 45 f. Waldner vertritt diese Theorie aber nicht selbst.

^{95a}. Waldner, oben N. 93, S. 45.

Straftheorie nur eingreifen, wenn der unterlegenen Partei *dolus* nachzuweisen war, so erfaßt die Ersatztheorie auch Fälle leichter Fahrlässigkeit. Mit anderen Worten: Dem Verlierer können immer dann die Kosten aufgebürdet werden, wenn und soweit er hätte wissen müssen, daß er mit seinen Behauptungen im Unrecht ist. Die Ersatztheorie weiß also nur dann keine Antwort, wenn die Rechtslage vor dem Prozeß objektiv unklar war, die unterlegene Partei die Rechtslage auch bei Zuhilfenahme eines Anwalts nicht hätte erkennen können oder das Gericht von einer gefestigten Rechtsprechung abweicht.

cc) Die uneinheitliche Theorie Waldners

Waldner stellt der Straf- und Ersatztheorie eine eigene Theorie gegenüber, die aber lediglich auf die Kostenersatzungspflicht zugeschnitten ist ⁹⁶.

Seiner Ansicht nach muß man unterscheiden, ob der Kläger oder der Beklagte im Prozeß unterlegen ist. Im ersten Fall soll der Rechtsgrund für die Kostenersatzung "deliktischen Wesens" sein. Die bloße Klageerhebung habe dann nämlich eine "Anspruchsanmaßung" dargestellt, einen "ins Werk gesetzten Versuch wirklichen Eingriffs in die fremde Rechtssphäre" durch "Störung des ruhigen Rechtsgenusses auf der Bedrohten Seite ⁹⁷". Eine Rechtsstörung begründe aber eine Schadensersatzpflicht des Störers. Im Gegensatz zur Straf- und Ersatztheorie will Waldner die Kostensanktion aber nicht von einem Verschulden des Klägers im Sinne einer Vorwerfbarkeit abhängig machen. Als Kostengrund läßt er

96. Oben N. 93, Seite 37, 60 ff.

97. Oben N. 93, Seite 37.

vielmehr die (nach seiner Meinung) in der Klageerhebung liegende objektiv rechtswidrige Handlung ausreichen⁹⁸.

Ganz anders löst er das Kostenproblem, wenn der Beklagte im Prozeß unterlegen ist. Dann soll die Kostenerstattungspflicht aus einer Anspruchsverzögerung durch den Beklagten resultieren; einer Anspruchsverzögerung, die darin liegt, daß der Beklagte sich in einen Prozeß eingelassen und dadurch die Realisierung der Rechte des Klägers hinausgeschoben hat. Erstattungsgrund müsse das im Zivilrecht zum Ersatz aller Schäden aus Anspruchsverweigerung gebildete Rechtsinstitut des Verzugs sein, allerdings mit der Abwandlung, daß wiederum ein Verschulden des Beklagten nicht nötig sei⁹⁹.

Waldner begründet die Kostenerstattungspflicht des Klägers also mit einem objektiv rechtswidrigen Veranlassen, des Beklagten mit einem objektiv rechtswidrigen Verzug. Neben dieser Aufspaltung hebt sich seine Theorie von der Straf- und Ersatztheorie durch den Verzicht auf ein subjektiv vorwerfbares Verschulden ab.

dd) Theorie der Zweckmäßigkeit oder Abschreckung

Wesentlichstes Merkmal dieser Theorie ist, daß sie zur Erklärung des Kostenrechts nicht die zivilrechtlichen Begriffe der unerlaubten Handlung, des Verschuldens und des Verzugs heranzieht¹⁰⁰. Wie schon der Name ausdrückt, stellt sie die praktischen Erwägungen, die zum Erlaß des derzeitigen Kostenrechts führten, in den Vordergrund¹⁰¹:

98. Oben N. 93, Seite 63.

99. Oben N. 93, Seite 61.

100. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozeßrechts, 1873, Seite 735.
Wetzell, oben N. 92.

101. Waldner, oben N. 93, Seite 47 will deshalb diese Theorie überhaupt nicht als Theorie gelten lassen. Er bezeichnet sie als die "nackte Theorielosigkeit".

Die Pflicht, Gerichtskosten zu zahlen (Kostenschuld) und die Pflicht der unterlegenen Partei, die gegnerischen Kosten zu erstatten (Kostenerstattungspflicht) bestünden aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten.

Die Kostenpflicht diene der Finanzierung der Justiz und damit der Entlastung des Justizhaushalts ¹⁰².

Die Kostenerstattungspflicht sei Voraussetzung eines wahren Rechtsschutzes. Wirklicher Rechtsschutz dürfe nämlich den Rechtserfolg nicht schmälern und sei es auch nur durch irgendwelche Kosten ¹⁰³.

Kostenschuld und Kostenerstattungspflicht stellten zugleich ein wirksames Mittel zur Verhütung von Prozessen dar ¹⁰⁴. Aussichtslose Klagen bzw. bewußtes Leugnen eines Anspruchs seien nämlich nicht empfehlenswert, wenn im Falle des Prozeßverlustes eine empfindliche Kostenlast drohe ¹⁰⁵.

Vor einer abschließenden Kritik der verschiedenen Theorien soll noch ein Blick auf das derzeit geltende Prozeßkostenrecht geworfen werden. Insbesondere ist zu prüfen, ob das Kostenrecht der ZPO und des GKG einer der erläuterten Kostenrechtstheorien folgt oder ob es eher das Ergebnis verschiedener Zweckmäßigkeitsüberlegungen ist.

102. Vgl. Renaud, oben N. 100.

103. Waldner, oben N. 93, Seite 60 oben.

104. Endemann, Das deutsche Zivilprozeßrecht, Neudruck der Ausgabe Heidelberg 1868, 1969, Seite 508; Renaud, oben N. 100; Wetzell, oben N. 92.

105. Endemann, oben N. 104 sieht die Gefahren eines Kostenrechts, das vom Prozessieren abschrecken soll; freilich zieht er daraus keine Konsequenzen.

β) Ausprägung des Kostenrechts in ZPO und GKG

Das GKG und die ZPO haben die Kostenschuld bzw. die Kostenerstattungspflicht grundsätzlich an die "nackte Tatsache des Unterliegens" ¹⁰⁶ im Prozeß geknüpft (§§ 91, 92 ZPO; §§ 95 Abs. 1, 99 Ziffer 2, 103 Abs. 2 GKG). Das GKG und die ZPO haben sich damit gegen alle Theorien, die das Verschulden zum entscheidenden Kriterium des Kostenrechts machen wollen, entschieden ¹⁰⁷. Eine Prozeßstrafe ist die Kostenlast nur bei §§ 95, 97 Abs. 2 ZPO. Eine Mutwillensstrafe kennt die ZPO überhaupt nicht ¹⁰⁸.

Ungeklärt ist nur die Rechtsnatur der die unterliegende Partei treffenden Verpflichtung.

Während die Kostenschuld unbestrittenermaßen eine öffentlichrechtliche Schuld ist ¹⁰⁹, glaubt eine Mindermeinung in der Literatur, der Kostenerstattungsanspruch sei zivilrechtlicher Natur ¹¹⁰. Görres kommt durch einen Vergleich mit dem bürgerlichrechtlichen Rechtsinstitut der c.i.c. zu diesem Ergebnis. Er glaubt, der Erstattungsanspruch sei der c.i.c. im Grund und Umfang ähnlich. Er sei nämlich eine Haftung für das durch den Eintritt in die erlaubte Rechtsbeziehung des Prozesses dem Prozeßgegner erwachsene negative Prozeßinteresse, wenn und soweit sich ergebe, daß sie objektiv zu Unrecht in den Prozeß eingetreten sei oder den Eintritt des Gegners objektiv zu Unrecht veranlaßt habe ¹¹¹.

106. Baumbach-Lauterbach, ZPO, 31. Auflage, Vorb. 3, A vor § 91.

107. Meyer, ZZP 7, 281 (283) vergleicht den Rechtsstreit mit einem Krieg: Der Verlierer müsse letztlich die Lasten tragen, auch wenn er einzelne Schlachten gewonnen habe.

108. Baumbach-Lauterbach, ZPO, 31. Auflage, Vorb. 3, A vor § 91.

109. Zöllner-Degenhart, ZPO, 10. Auflage, Vorb. 2 vor § 91.

110. Z.B. Görres, ZZP 35, 313 (346 f.).

111. Oben N. 110, Seite 344.

Nach herrschender und wohl auch richtiger Meinung handelt es sich beim Kostenerstattungsanspruch um einen prozessualen Anspruch ¹¹²: Er beruht auf dem prozessualen Gedanken, daß ein Sieg im Prozeß ohne gleichzeitige Entlastung von den Kosten nur ein Pyrrhussieg wäre. Seinen näheren Inhalt erfährt er ausschließlich durch das Prozeßrecht. In seiner Geltendmachung ist er aufs engste mit dem Prozeß verbunden: Sollte er im Urteil versehentlich übergangen worden sein und sollte die Frist für eine Ergänzung des Urteils nach § 321 ZPO abgelaufen sein, so kann er nicht in einem gesonderten Verfahren eingeklagt werden ¹¹³.

Die Orientierung der Kosten am Streitwert und nicht am konkreten Arbeitsaufwand des Gerichts oder der Anwälte sollte nach dem Willen der Väter der ZPO ein Doppeltes sicherstellen. Einerseits soll sie vom leichtfertigen Prozessieren abschrecken, andererseits wollte man dadurch verhindern, daß das Recht zu einem "Privileg der Begüterten" ¹¹⁴ wird.

Die Kostenregelungen in ZPO und GKG sind also insgesamt weniger das Ergebnis einer Theorie als verschiedener Zweckmäßigkeitsüberlegungen.

-
112. Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, 1888, Seite 81;
 Zeiss, Zivilprozeßrecht, 1971, § 95, III, 1.
 Bruns, Zivilprozeßrecht, 1968, § 14, III spricht von einem "prozeßrechtlichen Anspruch".
 Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Auflage, Vorb. II, 3 vor § 91 meinen dagegen, der Erstattungsanspruch sei seinem Ziel nach materiellrechtlicher Natur. Er könne nur insofern als prozessualer bezeichnet werden, als er aus prozessualen Vorgängen erwachse und überwiegend nicht nur im Prozeßrecht geregelt, sondern auch mit prozessualen Maßstäben zu messen sei.
113. RGZ 22, 421 (424): "Losgelöst vom Rechtsstreit ist ein Verfahren über die Frage des Ersatzes der Prozeßkosten nicht denkbar ...".
114. Abgeordneter Bähr, in: Hahn, Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, 1881, Zweiter Band, Erste Abtheilung, S. 820.

f) Kritik der Theorien

Die besprochenen Theorien können die ihnen gestellte Aufgabe nicht zufriedenstellend lösen. Als Legitimationsgrundlage eines zu schaffenden Kostenrechtssystems sind sie samt und sonders ungeeignet. Zwar bieten alle mehr oder minder eingehende Gedanken zur Rechtfertigung der Kostenschuld und der Kostenerstattungspflicht, ob sie beides nun mit einem Verschulden (Straf- und Ersatztheorie), mit einer prozessualen Notwendigkeit (Theorie der Zweckmäßigkeit oder Abschreckung) oder mit einem rechtswidrigen Veranlassen bzw. einem Verzug (Theorie Waldners) begründen wollen. Doch sind diese Erklärungsmodelle teils unrichtig, teils ein bloß nachträglicher Legitimationsversuch eines schon bestehenden Kostenrechts.

Unrichtig müssen alle Theorien sein, die die Kostenschuld und die Kostenerstattungspflicht mit einem rechtswidrigen Tun oder einem wie auch immer gearteten Verschulden in Zusammenhang bringen. Wer zur Konkretisierung seines vermeintlichen Rechts sich der Hilfe eines Gerichts bedient, kann damit im Regelfall nicht rechtswidrig oder gar schuldhaft im Sinne einer Vorwerfbarkeit handeln ¹¹⁵. Durch eine Inanspruchnahme des Gerichts werden, mag der Prozeß auch objektiv nicht angezeigt gewesen sein, grundsätzlich weder Rechte des Gerichts noch Rechte der gegnerischen Partei verletzt:

115. Neuerdings wird allerdings vor allem von Hopt, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, München 1968 die Meinung vertreten, es gäbe keinen "Rechtfertigungsgrund der Inanspruchnahme staatlicher Verfahren" (S. 308). Auch Baur, JZ 1962, 96 ist der Ansicht, daß die These, die Klageerhebung sei stets im Sinne des Haftungsrechts indifferent, zumindest in dieser Allgemeinheit nicht haltbar sei. Kritisch zu Hopt äußern sich Palandt-Thomas, BGB, 33. Auflage, Anm. 8 n zu § 826.

Die Auffassung, die Rechte des Gerichts als verletzt ansieht, ist ein Relikt eines überholten Staats- und Menschenbildes. Nur wenn man der Ansicht ist, der Mensch diene dem Staat und seinen Institutionen und nicht umgekehrt, kann man im bloßen Prozessieren eine Mißachtung des Gerichts erblicken.

Rechte des Gegners werden deshalb nicht beeinträchtigt, weil es sich beim Gerichtsverfahren um ein staatliches, gesetzlich eingerichtetes Verfahren handelt. Wie der BGH aber entschieden hat ¹¹⁶, greift jemand, der sich zum "Vorgehen gegen seinen Schuldner eines staatlichen, gesetzlich eingerichteten und geregelten Verfahrens bedient" selbst "dann nicht unmittelbar und rechtswidrig in den geschützten Rechtskreis des Schuldners ein, wenn sein Begehren sachlich nicht gerechtfertigt ist und dem anderen Teil aus dem Verfahren Nachteile erwachsen". Denn den Schutz des Schuldners übernimmt "das Verfahren selbst nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung" ¹¹⁷. Außerdem sind diese Theorien unpraktikabel. Wann kann man von einem "frivolen" Prozessieren sprechen, wann hätte der unterlegene Teil die Rechtslage erkennen können und müssen, und wann wäre es ihm zuzumuten gewesen, auch ohne Prozeß dem Recht zu folgen? Straftheorie, Ersatztheorie und die Theorie Waldners sind deshalb nicht in der Lage, ein Kostenrecht zu konstituieren, das für jeden Prozeß eine eindeutige und nachvollziehbare Kostenentscheidung vorsieht.

Einen bloß nachträglichen Legitimationsversuch eines bestehenden Kostenrechtssystems unternimmt die Theorie der Zweckmäßigkeit oder Abschreckung. Sie bezieht sich auf das derzeitige Kostenrecht und will die Zweckmäßig-

116. BGHZ 36, 18 (20 f).

117. BGHZ 36, 21.

keitsgesichtspunkte, die zu seiner Schaffung führten, auch zu seiner Legitimation bemühen.

Ohne sich zur methodischen Zulässigkeit eines solchen Schlusses vom Grund auf die Rechtfertigung näher auszulassen, kann doch festgestellt werden, daß diese Theorie als Legitimationsgrundlage eines Kostenrechts, das sich vom bestehenden aus verfassungsrechtlichen Gründen unterscheiden muß, untauglich ist.

Trotzdem sind die besprochenen Theorien nicht nutzlos. Sie liefern wertvolle Argumentationshilfen für eine Änderung des Kostenrechts.

Dazu gehört die Erkenntnis, daß die Kostenpflicht im Regelfall nicht die Folge eines von der Rechtsordnung mißbilligten Verhaltens, sondern eher eine Zweckmäßigkeitsfrage ist. Dazu gehört auch, daß es grundsätzlich verfehlt ist, das Kostenrecht in das starre Korsett einer Theorie zwingen zu wollen. Denn letztendlich legitimiert nicht eine Theorie ein Gesetz, sondern die Vereinbarkeit mit höherrangigen Normen. Deshalb wird im Rahmen dieser Arbeit davon abgesehen, den herkömmlichen Theorien eine neue, für den angestrebten Zweck vielleicht brauchbarere Theorie beizugesellen. Zur Beschreibung und Unterscheidung verschiedener Kostenrechtssysteme haben die Theorien freilich weiterhin eine Daseinsberechtigung.

d) Thesen

1. Das derzeitige Kostenrecht geht von folgenden Prämissen aus: Die Institution Gerichtsbarkeit kommt ausschließlich dem rechtssuchenden Bürger zugute. Der Zweck eines Prozesses beschränkt sich auf die Durchsetzung der Rechte der Prozeßparteien. Die

Kosten eines Prozesses sind der unterlegenen Partei aufzubürden, weil sie nicht freiwillig, das heißt ohne Prozeß, dem Recht Folge leistete.

2. Diese Prämissen halten einer kritischen Überprüfung nicht stand.
3. Der Staat erfüllt dadurch, daß er Gerichte zur Verfügung stellt, eine eminent staatliche, d.h. öffentliche Aufgabe. Die Gerichtsbarkeit dient nämlich auch dem Wohl der Allgemeinheit. Sie ist unabdingbare Voraussetzung für ein friedliches Zusammenleben der Bürger.
4. Das Grundgesetz respektiert und betont diese allgemeine Zweckbestimmung der Rechtsprechung. Der Einfluß der Judikative auf das staatliche und öffentliche Leben wird durch eine einzigartige Monopolstellung, eine lückenlose Justizgarantie, durch den Gleichheitssatz und nicht zuletzt durch die Unabhängigkeit der Richter garantiert.
5. Die Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG binden die Legislative beim Erlaß eines Kostenrechts indirekt an die Zwecke der für das Kostenrecht relevanten Grundrechte und Verfassungsgrundsätze. Das heißt konkret: Bei der Meinungsbildung darf der Gesetzgeber die allgemeine Aufgabe der Rechtsprechung nicht unterschlagen.
6. Der Zweck eines Prozesses hängt von der jeweiligen Fragestellung ab:
 - a) Formell läßt sich der Prozeß in soziologischer Sicht als institutionalisiertes Modell für Konfliktlösungen, in juristischer Sicht als ein Mittel zur Herbeiführung von Rechtskraft begreifen.

b) Materiell erfüllt er eine doppelte Funktion. Er dient dem Rechtsschutz der Prozeßparteien (durch Konkretisierung subjektiver Rechte und Rechtsfortbildung) und der Bewährung der objektiven Rechtsordnung.

7. Die Revision nimmt in den Prozeßzwecken eine Sonderstellung ein. Primäres Ziel der Revision ist ein allgemeines, sekundäres ein parteibezogenes. In erster Linie bezweckt sie die Wahrung der Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsauslegung und -anwendung bzw. durch richterliche Rechtsfortbildung, in zweiter Linie die gerechte Entscheidung des konkreten Einzelfalles.

8. Die herkömmlichen Theorien zum Kostenrecht sind als alleinige Legitimationsgrundlage eines zu schaffenden Kostenrechts ungeeignet.

Zum Teil sind sie unzutreffend (Straf- und Ersatztheorie), zum Teil stellen sie bloß nachträgliche Rechtfertigungsversuche bestehender Kostenrechtssysteme dar (Theorie der Zweckmäßigkeit oder Abschreckung).

Sie können aber wertvolle Argumentationshilfen für eine Änderung des Kostenrechts liefern.

9. Das "ideale" Kostenrecht muß auf den gewonnenen Erkenntnissen basieren. In erster Linie sind die Aussagen des Grundgesetzes (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, Justizgarantie, Gleichheitssatz) zu berücksichtigen; in zweiter Linie die Rechtsschutzaufgabe des Staates (Rechtsschutz als allgemeine Aufgabe), die Prozeßzwecke und endlich die Theorien zum Kostenrecht.

10. Erst dann folgt der Bereich autonomer Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers. Dieser Spielraum gesetzgeberischer Gestaltungshoheit wird seinerseits durch die jeweiligen Zielvorstellungen begrenzt.

2. Zielvorstellungen

Oberstes Ziel einer Reform des Kostenrechts muß es sein, dem Bürger jederzeit und unterschiedslos einen Weg zum Gericht zu eröffnen. Damit beginnen aber die Schwierigkeiten.

Jeder zusätzliche Prozeß würde eine Mehrbelastung der ohnehin überlasteten Gerichte bedeuten. Die Folge wäre eine noch schleppendere Erledigung der Streitfälle mit all ihren Nachteilen (wirtschaftliche Härten für eine Partei, Beweisnot infolge der verstrichenen Zeit). Einer personellen Aufstockung der Gerichte zur rascheren Bewältigung der anfallenden Arbeit stehen aber die beschränkten finanziellen Mittel der Justiz und wohl auch der Mangel an qualifizierten Juristen entgegen. Eine übermäßige Aufstockung des Justizhaushalts wäre jedoch unter Berücksichtigung der drängenden Aufgaben anderer Ressorts nicht vertretbar und vor allem nicht politisch durchsetzbar.

Das heißt also: Die Effektivität der Justiz sinkt mit steigender Prozeßzahl ¹¹⁸.

118. So ist z.B. Klein, JZ 1963, 591 der Ansicht, eine übermäßige Verzögerung der Entscheidung komme einer Rechtsverweigerung gleich.

Probleme ergäben sich auch bei einer Verringerung der Kostenlast einer oder beider Parteien. Die Übernahme der Prozeßkosten durch den Staat bzw. ein Verzicht auf Ersatz der Gerichtskosten müßte wiederum haushaltspolitische Belange berühren.

Schließlich darf bei allen Reformvorschlägen, die irgendwelche Auswirkungen auf die berufliche Stellung der Anwälte haben können, Art. 12 GG nicht übersehen werden.

Wer das Kostenrecht verfassungskonform gestalten will, hat sich dieses Dilemmas stets bewußt zu sein. Er kann nicht umhin, sich bei jedem Änderungsvorschlag die Frage nach den eben angedeuteten Nebenfolgen zu stellen. Seine Aufgabe besteht darin, ein Kostenrechtssystem zu finden, das den grundgesetzlichen Erfordernissen und den Erkenntnissen zu den Prämissen des Kostenrechts gerecht wird, das aber die Gerichte und Justizhaushalte nicht über ein vertretbares Maß hinaus zusätzlich belastet und das endlich im Hinblick auf Art. 12 GG unbedenklich ist.

3. Folgerungen

a) De lege lata

Vor einer Erörterung von Änderungsvorschlägen zum Kostenrecht ist zu prüfen, ob nicht das bestehende Kostenrecht durch entsprechende Auslegung bzw. durch großzügige Handhabung den oben genannten Erfordernissen angepaßt werden kann.

α) Verfassungskonforme Kostenentscheidung auf Grund der Verfassung

An erster Stelle wäre an eine unmittelbare Anwendung der Verfassung im Rahmen einer Kostenentscheidung zu denken. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, Art. 19 Abs. 4 GG, das Rechtsstaatsprinzip und Art. 3 Abs. 1 GG könnten nämlich neben ihrer Funktion als Prüfungsmaßstab eine konstitutive Wirkung dergestalt entfalten, daß sie das Kostenrecht abändern und umformen. Das würde bedeuten: Stellt der Prozeßrichter in einem konkreten Fall fest, daß die Anwendung der einschlägigen Kostenrechtsnormen verfassungswidrig wäre, so hätte er - unter Außerachtlassung der einschlägigen Kostenrechtsnorm - eine verfassungskonforme Kostenentscheidung unmittelbar auf Grund der Verfassung zu treffen.

Problematisch ist aber die Zulässigkeit einer solchen Lösung:

aa) Verfassungskonforme Gesetzesauslegung

Die Aktualisierung der Verfassung für ein einfaches Gesetz kann auf verschiedenen Wegen erfolgen. Am wichtigsten und gebräuchlichsten ist die verfassungskonforme Auslegung einer Norm.

Die Prüfung, ob eine verfassungskonforme Auslegung über das Kostenrechtsdilemma hinweghelfen kann, wird sich in drei Stufen vollziehen:

Zuerst sollen ein paar Worte über die Methodik jeder Gesetzesauslegung verloren werden. Hierauf werden die spezifischen Besonderheiten einer verfassungskonformen Auslegung ausgelotet. Endlich ist der Versuch einer Lösung zu unternehmen.

Auslegen bedeutet in der juristischen Hermeneutik immer das Bemühen um ein Verstehen des Sinnes juristischer Sprachwerke ¹. Ziel einer Gesetzesauslegung ist der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers ². Diesem Auslegungszweck dienen verschiedene Auslegungsmethoden. Ohne Anspruch auf Vollzähligkeit lassen sich sechs Arten unterscheiden: Die Auslegung aus dem Wortlaut einer Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung), aus der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung), aus den Grundgedanken der Rechtsordnung (objektiv teleologische oder prinzipielle Auslegung) und die Auslegung unter Berücksichtigung ausländischer Normen (komparative Auslegung). Diese Auslegungskriterien stehen in keiner festen Rangordnung zueinander ³. Die Kunst des Auslegens besteht deshalb darin, die verschiedenen Gesichtspunkte so abzuwägen und zu werten, daß im Endergebnis eine vernünftige Lösung zustandekommt ⁴.

Die verfassungskonforme Auslegung fügt sich in dieses Schema nahtlos ein. Da sie versucht, eine Norm mit übergeordneten Normen der Verfassung in Einklang zu bringen und Widersprüche auszuschließen, kann man sie als Unterfall der objektiv teleologischen Auslegungsmethode verstehen ⁵. Hier wie dort steht nämlich weniger die auszu-
legende Norm als das "Ganze der rechtlichen Zwecke" ⁶

-
1. Bogs, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966, 24. Zur Auslegung von Gesetzen vgl. auch: Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, 1969, S. 291 ff; Zippelius, Einführung in die juristische Methodenlehre, 1971, S. 53 ff.
 2. BVerfGE 11, 126 (130).
 3. Bogs, oben N. 1, Seite 25.
Larenz, oben N. 1, Seite 320 ff will dagegen offensichtlich ein bestimmtes Rangverhältnis zwischen den einzelnen Auslegungskriterien annehmen.
 4. Bogs, oben N. 1, Seite 25.
 5. A.A. Michel, JuS 1961, 274 (277): Erst das Ergebnis der allgemeinen Auslegung soll darüber entscheiden, ob das Prinzip der verfassungskonformen Auslegung überhaupt zur Anwendung kommt.
 6. Bogs, oben N. 1, Seite 25.

im Vordergrund. Auslegungskriterien einer verfassungskonformen Auslegung sind bestimmte Verfassungsgrundsätze, z.B. das Rechtsstaatsprinzip, das Sozialstaatsprinzip, der Gleichheitssatz usw.

Die Lösung muß ausgehen vom Wesen einer Auslegung und den verschiedenen Strukturen der einzelnen Kostenrechtsregelungen:

Eine verfassungskonforme Auslegung dient nur der Verdeutlichung, nicht aber der Änderung des Gesetzeswortlauts. Der gesetzgeberische Wille des Gesetzgebers kann nur soweit begrenzt oder ergänzt werden, als es mit dem Wortlaut des betreffenden Gesetzes noch vereinbar ist. Der Richter darf einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz jedoch nicht durch verfassungskonforme Auslegung einen entgegengesetzten Sinn beilegen ⁷. Das heißt: Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung stellt kein Patentrezept zur Heilung von Verfassungsverstößen dar. Der Richter kann nicht unter Berufung auf sie die Kosten eines Prozesses willkürlich herabsetzen oder die Verteilung ändern. Sie wirkt sich aber im Rahmen der unbestimmten Rechtsbegriffe, vor allem im Armenrecht, aus ⁸.

bb) Richterliche Rechtsfortbildung

Die Rechtsfortbildung durch den Richter stellt die logische Fortsetzung jeder Auslegung dar. Sie ist von dieser nicht wesensverschieden; denn wie sie bezweckt sie die Klarstellung einer Rechtsnorm bzw. die Verwirklichung des Willens eines Gesetzes. Von Rechtsfortbildung

7. BVerfGE 8, 28, Leitsatz 1.

8. Näheres unter *β*, *dd* und *g*.

im engeren Sinn pflegt man dann zu sprechen, wenn der Bereich des möglichen Wortsinns einer Norm verlassen wird und Lücken rechtsschöpferisch ausgefüllt werden sollen ⁹.

Voraussetzung einer Rechtsfortbildung ist also eine Gesetzeslücke.

Eine echte Lücke weist das Kostenrecht sicherlich nicht auf. Die kostenrechtlichen Normen bilden in ihrer Gesamtheit ein in sich geschlossenes System, das für jede denkbare Fallgestaltung eine bestimmte Entscheidung bereithält.

Möglicherweise liegen aber in der Nichtberücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, der Justizgarantie und in der unzureichenden Rücksichtnahme auf die verschiedene wirtschaftliche Ausgangsposition von arm und reich sogenannte unechte Lücken. Unechte Lücken sind nicht wie echte als solche sofort zu erkennen. Sie können auch dort vorliegen, wo ein Gesetz zwar formaliter ohne jede Ergänzung widerspruchsfrei anwendbar ist, das Rechtsgefühl aber unbedingt eine Ergänzung fordert ¹⁰, oder - um eine andere Formulierung zu gebrauchen - wenn die einzelnen Rechtsätze in sich vollständig sind, jedoch die Regelung im ganzen unvollständig ist ¹¹.

9. Larenz, Methodenlehre, 2. Auflage, 1969, S. 342: "Die methodisch geleitete Rechtsfortbildung ist nur die Fortsetzung der "eigentlichen" Auslegung über deren immanente Grenze, den möglichen Wortsinn, hinaus."

10. Zippelius, JZ 70, 241 (243).

11. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, 1969, S. 352.

Die Frage, ob es sich bei den eben angesprochenen Unzulänglichkeiten des Kostenrechts um Lücken in diesem Sinne handelt oder ob die entsprechende Änderung bzw. Ergänzung des Kostenrechts lediglich ein rechtspolitisches Anliegen ist, läßt sich nur schwer beantworten. Eine Abwägung zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, wie sie Zippelius¹² vorschlägt, hilft zumindest im konkreten Fall nicht weiter. Der Richter darf nicht unter Berufung auf die Gerechtigkeit den Rahmen des positiven Rechts willkürlich sprengen und sich selbst zum Gesetzgeber aufschwingen. Das folgt aus dem Gewaltenteilungsprinzip und aus den Artikeln 77, 80 und 81 ff GG¹³. Entscheidend ist vielmehr, ob der Zweck einer Gesamtregelung eine Ergänzung erforderlich macht¹⁴, ob also das Ganze ohne richterlichen Rechtsschöpfungsakt in sich widersinnig wäre.

Legt man diese Kriterien einer Abgrenzung zugrunde, enthält das Kostenrecht keine unechten Lücken: Das derzeitige Kostenrecht nimmt bewußt in Kauf, daß sich die Kosten u.U. als Rechtswegsperre auswirken können. Es findet auch nichts dabei, wenn die Situation von Bemittelten und Unbemittelten im Bereich des Rechtsschutzes durchaus verschieden ist¹⁵. Sinn und Zweck des Kostenrechts verlangen daher keinesfalls eine richterliche Ergänzung im oben angedeuteten Sinn.

Das heißt also: Das Kostenrechtsdilemma läßt sich nicht durch eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung oder eine richterliche Rechtsfortbildung beseitigen.

12. Oben N. 10.

13. BVerfGE 4, 219 (233 f.).

14. Larenz, oben N. 11, Seite 352.

15. Vgl. die unzureichenden Regelungen des Armenrechts (1. Kapitel, II, 2).

β) Überlegungen zur Streitwertfestsetzung

Da die Höhe der Gebühren vom Streitwert abhängt, ist auch hier mit dem Hebel anzusetzen. Es ist denkbar, daß von der Rechtsprechung nicht alle Möglichkeiten, den Streitwert gering zu bemessen, ausgenutzt und soziale Momente übersehen werden, obwohl schon das geltende Recht eine Berücksichtigung gestattet ¹⁶.

aa) Festsetzung des Streitwerts nach Rücksprache und in Übereinstimmung mit den Prozeßparteien

Jedes Gericht sollte vor einer Schätzung des Streitwerts nach § 3 ZPO die Parteien fragen, wie hoch sie das Streitinteresse veranschlagten. Einen Vorschlag der Parteien sollte es - soweit möglich - bei seiner Schätzung berücksichtigen. Diese "Mitwirkung" der Parteien im Rahmen des § 3 ZPO hätte einen doppelten Vorteil: Erstens stünden dem Gericht, insbesondere bei einer Schätzung nach § 3 ZPO, bessere Bemessungsgrundlagen zur Verfügung. Die Folge wäre eine Kongruenz zwischen Streitwert und wirklichem Streitinteresse der Prozeßparteien. Zweitens könnten sich die Kontrahenten in einem frühen Stadium des Verfahrens auf die anfallenden Kosten einstellen.

Dieser Vorschlag kann jedoch nur Schätzfehler durch das Gericht und falsche Vorstellungen seitens der Parteien verhindern. Er ist nicht geeignet, das kostenrechtliche Dilemma an sich zu beseitigen.

16. Auch Schneider, JurA 1971, Heft 1, Seite 109 meint, die Judikatur zum Kostenrecht habe sich bislang eher als restaurativ erwiesen.

bb) Konsequente Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO

§ 287 Abs. 2 ZPO läßt eine Schätzung durch das Gericht zu, falls die Höhe einer Forderung unter den Parteien streitig ist und falls die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist. Mit Schwierigkeiten verbunden ist eine Aufklärung aber auch dann, wenn sie einen unverhältnismäßig hohen Sachaufwand erfordern würde. Das Gericht kann von seiner Schätzbefugnis nach § 287 Abs. 2 ZPO also stets Gebrauch machen, wenn und soweit zur Feststellung der streitigen Forderungshöhe allzu teure Sachverständigengutachten nötig wären oder unverhältnismäßig hohe Auslagen für Zeugen anfallen würden.

Leider wendet die Rechtsprechung den § 287 Abs. 2 ZPO aber nur sehr zaghaft an. Der Durchschnittsrichter hat eine gewisse Scheu vor einer Ersetzung eines Zeugen- oder Sachverständigenbeweises durch eine richterliche Schätzung. Schuld daran dürfte die spezifische Richterausbildung, aber auch die in den letzten Jahrzehnten allenthalben zu beobachtende Ausuferung des Sachverständigenwesens sein.

Bei konsequenter Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO könnten die Prozeßkosten oft auf ein erträgliches Maß herabgeschraubt werden. Besonders die Sachverständigengutachten sind nämlich in der Regel äußerst kostenintensiv. Ob sich jedoch, wie Schneider ¹⁷ meint, aus § 287 Abs. 2 ZPO für den Sachverständigen die Pflicht ergibt, vor Erstattung des Gutachtens auf unerwartet hohe Kosten hinzuweisen, damit gegebenenfalls auf die Erstellung des

17. Schneider, in: Wellmann, Der Sachverständige in der Praxis, 2. Auflage, 1968, 60 f.

Gutachtens verzichtet werden kann, muß bezweifelt werden. § 287 Abs. 2 ZPO wendet sich nur an den Richter, nicht an den Sachverständigen. Eine Hinweispflicht könnte daher wohl nur de lege ferenda begründet werden.

cc) Anpassung des Streitwerts an den "wirklichen" Streit

Die Anpassung des Streitwerts an den wirklichen Streit würde in vielen Fällen zu einer wirksamen Kostenentlastung führen. Es sei nur an eine Herausgabeklage, bei der lediglich eine geringfügige Gegenforderung streitig ist, erinnert¹⁸. Das gleiche Problem taucht aber auch sonst auf. Soll beispielsweise bei der Klage auf Auflassung eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks die Belastung streitwertmäßig berücksichtigt werden oder nicht?

Wenn das OLG Frankfurt meint¹⁹, der Streitwert werde gemäß § 6 ZPO auch in derartigen Fällen immer nach dem Wert des Grundstücks ermittelt, kann ihm in dieser Rigorosität nicht gefolgt werden. In § 6 ZPO heißt es nur: Der Wert des Streitgegenstandes wird bestimmt durch den Wert einer Sache, wenn deren Besitz Gegenstand des Streites ist. In dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall war aber gerade nicht das Grundstück selbst Gegenstand des Streites, sondern die Gegenforderung. Der Kläger mußte nur deshalb auf Auflassung des Grundstücks an sich klagen, weil sich der Beklagte auf ein Zurückbehaltungsrecht berief. Richtig dürfte also die Gegenmeinung sein.

dd) Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse bei der Schätzung des Streitwerts nach § 3 ZPO

§ 3 ZPO bestimmt, daß der Streitwert von dem Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt wird. Dieser lapidare Satz

18. Siehe 1. Kapitel, 1, b, α , aa.

19. Rpfleger 1970, 354 f.

enthält alles andere als eine klare, eindeutige Aussage. Was bedeutet freies Ermessen? Soll das Gericht von allen Schranken befreit sein, oder ist es bei der Schätzung an den Wert des Streitgegenstandes gebunden? Stellt § 3 ZPO lediglich eine vereinfachte Methode zur Feststellung des Streitwerts dar, oder ermächtigt er den Richter zu jeder beliebigen Streitwertfestsetzung? Können also die Vermögensverhältnisse der Parteien berücksichtigt werden oder nicht?

Baumbach-Lauterbach²⁰ meinen, das freie Ermessen befreie das Gericht nicht von der Pflicht, den Streitwert nach dem vollen Wert des Streitgegenstandes festzusetzen; es gebe ihm nur Freiheit in der Bestimmung dieses Werts.

Eine eigene Stellungnahme setzt eine methodisch einwandfreie Auslegung des § 3 ZPO voraus²¹:

Der Wortlaut der Norm läßt verschiedene Deutungen zu. Das Ermessen kann sich sowohl auf die Höhe des Streitwerts als auch auf die Feststellungsmethode beziehen. Hilfreicher ist eine systematische Auslegung. § 3 ZPO muß im Zusammenhang mit den übrigen Streitwertvorschriften der ZPO (§§ 4 - 9 ZPO) und des GKG (§ 12 ff GKG) gesehen werden. Er gilt nur dann, wenn keine dieser Normen unmittelbar oder in sinngemäßer Anwendung Platz greift. Die Streitwertfestsetzung nach § 3 ZPO hat also die Funktion eines Art Auffangtatbestandes, der immer dann, wenn sich ein Streitwert nicht aus dem Klageantrag ergibt, einen Ausweg weisen soll. Dann muß auf § 3 ZPO auch der allgemeine Grundsatz jeder Streitwertberechnung, daß der Wert eines Streits dem Interesse der Klägerpartei an dem geltend gemachten Begehren entspricht, übertragen werden. Das heißt: Freies Ermessen

20. Baumbach-Lauterbach, ZPO, 31. Auflage, Anm. 2 zu § 3.
So auch im Ergebnis OLG Celle, NJW 1964. 1527.

21. Zur Methode einer Auslegung: 3. Kapitel, II, 3, a, α, aa.

kann nur bedeuten, daß der Richter bei der Festsetzung nicht an die Angaben der Parteien gebunden ist und Beweisangebote ignorieren darf, nicht aber, daß er völlig freie Hand hat. Dieses Ergebnis wird durch einen argumentum e contrario Schluß noch untermauert: § 14 GKG trägt den Vermögens- und Einkommensverhältnissen der Parteien ausdrücklich Rechnung. Wenn der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 14 GKG im Jahre 1957²² zwingend vorgeschrieben hat, daß bei der Bemessung des Streitwerts in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten die Vermögens- oder Einkommensverhältnisse der Parteien zu berücksichtigen sind, eine entsprechende Änderung des § 3 ZPO jedoch unterlassen hat, brachte er damit zum Ausdruck, daß für vermögens- und nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten verschiedene Grundsätze gelten sollen.

Zu überlegen ist nur, ob unter der Herrschaft des Grundgesetzes nicht etwas anderes zu gelten hat. Koebel²³ ist der Ansicht, eine verfassungskonforme Auslegung des Ermessens müsse zumindest bei Rechtsstreitigkeiten wegen Presseveröffentlichungen zu einem anderen Ergebnis führen. Der Streitwert müsse bei richtiger Ausübung des Ermessens so bemessen sein, daß durch ihn das beteiligte Presseorgan nicht in seiner ihm vom Gesetzgeber zugedachten Funktion beeinträchtigt werde. Neben dem Umfang und der Bedeutung der Sache sei auch die finanzielle Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit des Presseorgans zu berücksichtigen²⁴. Das Grundrecht der Pressefreiheit müsse auch auf § 3 ZPO ausstrahlen. § 3 ZPO lasse in keiner Weise erkennen, daß nicht auch die Funktionsfähigkeit des beklagten Presseorgans für die Zukunft für die vom Richter vorzunehmende Abwägung von Bedeutung sein solle²⁵.

22. BGBl. 1957, 861 (863).

23. NJW 1967, 535 ff.

24. Koebel, NJW 1967, 536 f.

25. Koebel, NJW 1967, 537.

Koebel überschreitet aber meines Erachtens die Grenzen jeder Auslegung. Er sprengt den Rahmen des Begriffs Streitwert im Sinne des § 3 ZPO. Der Streitwert, also die wirtschaftliche Bedeutung, die der Kläger seinem Begehren beimißt, wird nicht deshalb niedriger, weil auf der Seite des Beklagten ein Presseorgan steht. § 3 ZPO enthält aber nur eine Norm zur Berechnung des wirklichen Werts des Streitgegenstandes. Die verfassungskonforme Auslegung darf einem Gesetz jedoch bekanntlich nicht einen vom Gesetzgeber nicht gewollten Sinn beilegen.

Das Urteil des OLG Düsseldorf vom 2.2.1966 ²⁶ steht dazu nur scheinbar im Widerspruch.

Die Klage eines Verbraucherverbandes gemäß § 13 UWG zur Unterbindung von Wettbewerbsverstößen stellt einen Sonderfall dar. Der Verband macht mit einer derartigen Klage keine eigenen Ansprüche, sondern nur mittelbar allgemeine vermögensrechtliche Ansprüche seiner Mitglieder geltend. Wie aber soll dann sein Interesse festgestellt werden? Der Vorschlag, daß für den Streitwert das Interesse sämtlicher Verbandsmitglieder zu addieren sei ²⁷, kann nicht befriedigen. Es sind nämlich Fälle denkbar, in denen keines der Mitglieder durch den angegriffenen Wettbewerbsverstoß unmittelbar betroffen ist. Die Klagebefugnis des § 13 UWG ist dem Verein primär im Interesse der Allgemeinheit eingeräumt. Eine Bemessung des Streitwerts nach dem Interesse der Allgemeinheit würde zwar der Bedeutung der gemeinnützigen Vereine gerecht, wäre aber unpraktikabel. Das OLG Düsseldorf ²⁸ trägt diesen Schwierigkeiten Rechnung, wenn es einerseits die Funktion des Verbandes, andererseits die Kosten des Gerichts und der Anwälte und die Bedeutung der Sache berücksichtigen will.

26. NJW 1966, 987 ff.

27. Z.B. RG, GRUR 1911, 240;

OLG Karlsruhe, BB 1968, 641 f.

28. NJW 1966, 988.

Das heißt: In der Regel können die Vermögensverhältnisse der Parteien keinen Einfluß auf die Schätzung des Streitwerts nach § 3 ZPO ausüben. Eine Abhilfe ist auf diesem Wege also nicht möglich.

ee) Streitwertherabsetzung analog §§ 53 Abs. 1 PatG, 247 Abs. 2 AktG, 23 a UWG, 31 a WZG, 17 a GebrMG

§ 53 Abs. 1 PatG und die damit fast wörtlich übereinstimmenden §§ 247 Abs. 2 AktG, 23 a UWG, 31 a WZG und 17 a GebrMG ermöglichen die Herabsetzung des Streitwerts auf Antrag einer wirtschaftlich schwachen Partei. Voraussetzung ist lediglich, daß die Belastung mit den nach dem normalen Streitwert berechneten Prozeßkosten die wirtschaftliche Lage der minderbemittelten Partei erheblich gefährden würde. Folge dieser Streitwertherabsetzung ist, daß die schwächere Partei Gerichts- und Anwaltsgebühren nur auf der Grundlage des ermäßigten Streitwerts zu entrichten hat. Gewinnt die "reiche" Partei den Prozeß, richtet sich ihr Kostenerstattungsanspruch nur nach dem herabgesetzten Streitwert. Sie hat also auch im Falle des Obsiegens einen Teil ihrer Anwaltsgebühren selbst zu tragen. Gewinnt dagegen die durch die Streitwertherabsetzung begünstigte Partei, kann ihr Anwalt vom Gegner Gebühren nach dem höheren Streitwert liquidieren.

Däubler ²⁹ sieht in diesen Regelungen einen "bedeutenden ersten Schritt in Richtung auf eine Reduzierung des Kostenrisikos". Ja, er empfiehlt der Rechtsprechung sogar ihre analoge Anwendung, wenn die Berechnung der Gerichts- und Anwaltsgebühren ansonsten zu einem unzumutbaren Kostenrisiko führen würde ³⁰.

29. BB 1969, 545 (547).

30. BB 1969, 551.

ee 1) Verfassungsmäßigkeit der §§ 53 Abs. 1 PatG,
247 Abs. 2 AktG, 23 a UWG, 31 a WZG, 17 a GebrMG

Eine analoge Anwendung könnte bereits an der Verfassungswidrigkeit dieser Vorschriften scheitern.

In der Literatur wurde die verfassungsrechtliche Problematik des § 53 Abs. 1 PatG und der entsprechenden Regelungen eingehend erörtert.

Während Röhl ³¹ trotz verschiedener Bedenken die Verfassungskonformität des § 53 Abs. 1 PatG bejaht, hält Eberl ³² zumindest § 53 Abs. 1 Satz 4 PatG, der bestimmt, daß der Rechtsanwalt der begünstigten Partei im Falle des Obsiegens vom Gegner Anwaltsgebühren nach dem normalen Streitwert verlangen kann, für verfassungswidrig, da er die vermögende Partei aus sachfremden und willkürlichen Gründen benachteilige. Brangsch ³³ will das für den gesamten § 53 Abs. 1 PatG annehmen ³⁴.

Die Streitwertermäßigung zugunsten der wirtschaftlich schwächeren Partei könnte gegen Art. 3 Abs. 1 GG und gegen Art. 14 GG verstoßen.

In das durch Art. 14 GG geschützte Eigentum greift § 53 Abs. 1 PatG nicht in unzulässiger Weise ein: Ein Kostenersatzungsanspruch kann nämlich nur in dem von den Prozeßgesetzen (zu denen auch § 53 PatG gehört) gewährten Umfang entstehen. Ein enteignungsgleicher Eingriff ist deshalb schon begrifflich ausgeschlossen ³⁵. Es gibt keinen grundrechtlich geschützten Grundsatz auf volle Kostenerstattung. Nicht einmal § 91 Abs. 1 ZPO erkennt

31. BB 1960, 270 (272).

32. NJW 1960, 1431 (1432).

33. NJW 1964, 2260.

34. Kritisch auch Werthauer, BB 1960, 349 f.

35. So OLG München, NJW 1959, 53.

alle Kosten als erstattungsfähig an, sondern nur die notwendigen³⁶.

Dasselbe gilt für Art. 3 Abs. 1 GG. Die höchstrichterliche Rechtsprechung sieht den Gleichheitssatz nur dann als verletzt an, wenn ein vernünftiger Grund für eine gesetzliche Regelung nicht erkennbar ist, wenn sie also als willkürlich bezeichnet werden muß³⁷. Ein Gesetz, das eine schwache Partei im Verhältnis zur starken bevorzugt, um dadurch eine effektive Waffengleichheit im Prozeß herzustellen, orientiert sich aber gerade an im Kostenrecht zu berücksichtigenden Sachgesichtspunkten. Denn es trägt nur dem grundgesetzlichen Erfordernis eines gleichen und lückenlosen Rechtsschutzes Rechnung. Zwar wird die vermögende Partei auch gegenüber jedem, der nicht auf einen durch die Streitwertherabsetzung begünstigten Gegner trifft, benachteiligt, da sie auch bei Prozeßgewinn einen Teil ihrer Kosten selbst tragen muß. Der Zufall, eine vermögenslose Partei zum Prozeßgegner zu haben, gehört aber zu den normalen Lebensrisiken. Auch der volle Kostenerstattungsanspruch des § 91 ZPO steht oft mangels Masse nur auf dem Papier. Außerdem sorgt § 53 Abs. 1 PatG nur für einen allseitigen Chancenausgleich: Die wirtschaftlich schwache Partei hat auch nach der Streitwertherabsetzung noch ein erhebliches Kostenrisiko zu tragen. Die durch § 53 Abs. 1 PatG ermäßigte Kostenlast kann für sie drückender sein als für die Gegenpartei die erhöhte. Müßte die "reiche" Partei nicht auch im Falle des Obsiegens einen Teil ihrer Kosten tragen, wäre sie gegenüber allen, die nicht mit dem durch § 53 Abs. 1 PatG begünstigten Personenkreis prozessieren, im Vorteil. Wer nämlich eine wirt-

36. Darauf weist auch das OLG München, NJW 1964, 1730 hin.

37. BVerfGE 1, 14 (52).

schaftlich schwächere Partei zum Gegner hat, kann bald mit ihrem Einlenken rechnen. Er darf auch darauf vertrauen, einen vorteilhaften Vergleich abschließen zu können, da eine arme Partei auch einen "mageren" Vergleich einem Prozeß mit für sie ruinösem Kostenrisiko vorziehen wird. Die Streitwertbegünstigung, insbesondere die eingeschränkte Kostenerstattungspflicht der schwachen Partei, schafft dafür einen Ausgleich. Es wäre deshalb verfehlt, in § 53 Abs. 1 PatG und den entsprechenden Regelungen des AktG, UWG, WZG und GebrMG eine unzulässige Benachteiligung des wirtschaftlich stärkeren Teils sehen zu wollen ³⁸.

Billigt man dem Gesetzgeber bei der Interpretation der Verfassung nur einen geringeren Spielraum zu ³⁹, ist Art. 3 Abs. 1 GG trotzdem nicht verletzt. Art. 3 Abs. 1 GG ist seinerseits im Lichte anderer Grundgesetzentscheidungen zu betrachten. Eine Gesetzesnorm, die im Bereich des Rechtsschutzes nur die Justizgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG, Rechtsstaatsprinzip) und gleichen Rechtsschutz (Art. 3 Abs. 1 GG) verwirklichen will, kann nicht eo ipso verfassungswidrig sein. Denn sonst müßte ja in der bloßen Herstellung eines verfassungsmäßigen Zustands ein Verfassungsverstoß liegen.

ee 2) Zweckmäßigkeit eines Analogieschlusses

Borck ⁴⁰, Pastor ⁴¹ und der Deutsche Anwaltverein ⁴² haben sich in zum Teil sehr scharfen Formulierungen gegen § 53 Abs. 1 PatG und vor allem gegen die Übernahme der Streitwertherabsetzung in das AktG, WZG, UWG und GebrMG ausgesprochen.

38. Im Ergebnis ebenso Däubler, BB 1969, Seite 548.

39. Vgl. oben Seite 61 f.

40. WRP 1964, 217 (220 f) und 398 (400 ff).

41. WRP 1964, 182 ff.

42. AnwBl. 1964, 168 (170).

Wie aber bereits Rogge ⁴³ in überzeugender Weise nachgewiesen hat, ist die Streitwertherabsetzung in diesen fünf Gesetzen notwendig und gerechtfertigt.

Ob jedoch in der analogen Anwendung dieser Vorschriften ein Patentrezept zur Behebung aller kostenrechtlichen Schwierigkeiten zu erblicken ist, wie Däubler meint, ist doch sehr fraglich ⁴⁴:

Die Gerichte haben bis jetzt von der Möglichkeit, den Streitwert herabzusetzen, nur sehr zaghaft Gebrauch gemacht ⁴⁵. Es ist nicht anzunehmen, daß sich diese Praxis in absehbarer Zukunft ändert. Oft wird die wirtschaftlich schwache Partei von der Existenz dieser Regelungen gar nichts erfahren. Denn die für den Anwalt gebühremäßig negative Folge der Streitwertbegünstigung legt es diesem nicht gerade nahe, seine Partei insoweit aufzuklären. Seetzen ⁴⁶ ist darüberhinaus der Meinung, viele Anwälte würden den Hinweis auf die Möglichkeit einer Streitwertherabsetzung mit dem Wunsch nach einer Honorarvereinbarung verknüpfen, so daß die Wirkung der Streitwertherabsetzung im Endergebnis nicht sehr groß wäre ⁴⁷.

Das kostenrechtliche Dilemma kann also höchstens gemildert, nicht aber ausgeräumt werden ⁴⁸. Außerdem ist es der siegreichen Partei wohl nicht zuzumuten, generell einen Teil ihrer Kosten (von Rechts wegen und nicht nur de facto) selbst zu tragen, wenn ihr Gegner wirtschaft-

43. WRP 1964, 336 ff.

44. Gegen die analoge Anwendung dieser Vorschriften im normalen Zivilprozeß spricht sich auch Bokelmann, ZRP 1973, 164 (166) aus.

45. Darauf weisen hin:

Däubler, BB 1969, 547; Fechner, JZ 1969, 353; Schneider, JurA 1971, Heft 1, 85 und 109.

46. ZRP 1971, 36.

47. Es ist jedoch fraglich, ob ein solches Verlangen überhaupt zulässig wäre. Zumindest standesrechtliche Grundsätze verbieten es dem Anwalt, ein Mandat nur deshalb abzulehnen, weil sich ein Klient zu einer Honorarvereinbarung nicht bereitfinden will oder kann.

48. Schmidt, JZ 1972, Seite 680.

lich schwach ist. Das mag in Patent-, Warenzeichen-, Gebrauchsmuster- und Wettbewerbsprozessen bzw. in Verfahren, in denen das AktG eine Rolle spielt, gerechtfertigt sein, weil in diesen Prozessen der wirtschaftlich schwachen Partei regelmäßig ein potenter Partner gegenübersteht. In allen sonstigen Verfahren, in denen das Ungleichgewicht der Parteien nicht der Normalfall, sondern die Ausnahme ist, erscheint ein solches Ergebnis als zu hart. Ideal wäre eine derartige Lösung zumindest nicht ⁴⁹.

ee 3) Zulässigkeit einer analogen Anwendung

Unter Analogie verstehen wir die Übertragung der gesetzlichen Regelung eines Tatbestandes A oder mehrerer Tatbestände ($A_1 - A_x$) auf einen ähnlichen Tatbestand B ⁵⁰. Voraussetzung jeder analogen Anwendung ist also die Ähnlichkeit zwischen Fall A und B. Die Frage ist nur, wann zwei Fälle einander "ähnlich" sind. Sicherlich müssen sie nicht in allen Punkten kongruent sein. Ein Analogieschluß ist aber bloß dann methodisch zulässig, wenn sie gerade in den Hinsichten übereinstimmen, die für die gesetzliche Regelung maßgeblich waren. Die Analogie findet ja ihre Rechtfertigung nur in dem allgemeinen Postulat der Gerechtigkeit, Gleiches gleich zu behandeln ⁵¹.

Daraus ergibt sich: § 53 Abs. 1 PatG und die oben erwähnten Parallelvorschriften können nur dann in anderen Prozessen analog angewandt werden, wenn die Gründe, die den Gesetzgeber zu ihrer Schaffung veranlaßten, im Normalverfahren in gleicher Weise bestehen.

49. Ebenso Baur, JZ 1972, 75 (77).

50. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1969, Seite 359.

51. Larenz, oben N. 50, Seite 359.

Ob das der Fall ist, wird ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Streitwertherabsetzung zeigen.

In der amtlichen Begründung zu § 53 Abs. 1 PatG⁵² heißt es: "Die Erfahrung hat gelehrt, daß beim Streit um die Frage einer Patentverletzung nicht selten das wirtschaftliche Übergewicht der einen über die andere Partei einer gerechten Lösung hinderlich ist, weil es der weniger bemittelten Partei nicht möglich ist, das mit der Einlassung in einen Patentprozeß verbundene Kostenwagnis zu übernehmen. Sie sieht sich infolgedessen zur Preisgabe ihrer Rechte oder bestenfalls zum Eingehen eines ungünstigen Vergleichs genötigt Die vom sozialen Standpunkt unerquicklichen Erscheinungen haben ihren Grund in der außergewöhnlichen Höhe der Kosten gerade der Patentprozesse, die durch die Größe der Streitwerte und die meist gegebene Notwendigkeit der Heranziehung kostspieliger Sachverständigengutachten bedingt ist. Die Besonderheit der Umstände erfordert außerordentliche Maßnahmen zur Abhilfe."

Für den Erlaß der §§ 247 Abs. 2 AktG, 23 a UWG, 31 a WZG, 17 a GebrMG waren die gleichen Gesichtspunkte entscheidend⁵³.

Berücksichtigt man diese Begründungen, so kann die Streitwertherabsetzung nicht auf andere Verfahren übertragen werden. Gewiß, in jedem Prozeß können sich verschieden starke Parteien gegenüberstehen oder unverhältnismäßig hohe Kosten drohen. Die Ungleichgewichtigkeit der Partner bzw. eine außergewöhnliche Kostenlast ist im normalen Verfahren die Ausnahme, in Patent-, Wettbewerbs-, Warenzeichen- und Gebrauchsmusterstreitigkeiten bzw. in einem Prozeß, in dem das AktG eine Rolle spielt, jedoch die Regel oder zumindest sehr häufig.^{53a}

52. Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen, 1936, Seite 115.

53. Pastor, WRP 1964, Seite 183.

53a. Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 85 spricht deshalb von "Sonderregelungen".

Der Grund, der zur Schaffung der Streitwertherabsetzungsmöglichkeit in den genannten Gesetzen geführt hat, ist also im Normalverfahren nicht gegeben⁵⁴. Die §§ 53 Abs. 1 PatG, 247 Abs. 2 AktG, 23 a UWG, 31 a WZG, 17 a GebrMG können daher in anderen Prozessen nicht analog angewendet werden⁵⁵.

f) Großzügige Handhabung des Armenrechts

aa) Kursorische Prüfung der Erfolgsaussicht der Klage

Eine bloß oberflächliche Prüfung der Erfolgsaussicht der Klage brächte der armen Partei kaum Vorteile⁵⁶. Sie käme zwar eher und leichter in den Genuß des Armenrechts, dafür müßte sie aber auch eher mit einem Unterliegen im Hauptsacheprozeß rechnen. Falsche Prognosen durch das Gericht über den Ausgang des Verfahrens würden sich bei einer nur oberflächlichen Prüfung der Rechtslage nämlich häufen⁵⁷. Solange die unterliegenden arme Partei aber ihrem Gegner voll für dessen Kosten haftet, kann sie daran kein Interesse haben. Dieser Vorschlag würde das Problem im Endergebnis nur auf eine andere Stufe verlagern. Das Risiko, den Prozeß nicht führen zu können, würde verringert, das allgemeine Kostenrisiko dagegen erhöht.

54. Eine Übereinstimmung in diesem Punkt wäre aber Voraussetzung für eine analoge Anwendung (vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1969, Seite 360).

55. So auch: Erdsiek, NJW 1964, Seite 913; Schmidt, JZ 1972, 680, Fußnote 11; Tetzner, NJW 1965, 1944 (1948); OLG Celle, NJW 1964, 1527.

56. A.A. offensichtlich Bokelmann, ZRP 1973, 164 (165).

57. Röhl, ZRP 1970, 274 f. schätzt die Fehlerquote bei der jetzigen Rechtsprechungspraxis auf 1/3 aller Armenrechtsbewilligungen.

bb) Großzügige Beiordnung eines Rechtsanwalts

Der armen Partei ist auf ihren Antrag auch außerhalb eines Anwaltprozesses ein Rechtsanwalt beizuordnen, falls die Vertretung durch einen Anwalt erforderlich erscheint (§ 116 Abs. 1 ZPO).

§ 116 Abs. 1 ZPO bietet dem Richter die einmalige Chance, durch großzügige Auslegung der Erforderlichkeit wenigstens auf einem Teilgebiet die Chancengleichheit zwischen arm und reich wiederherzustellen. Dagegen kann nicht eingewandt werden, bei der Feststellung der Erforderlichkeit gäbe es keinen Beurteilungsspielraum. Dessen bedarf es auch nicht. Wie jeder unbestimmte Rechtsbegriff ist auch die Erforderlichkeit des § 116 Abs. 1 ZPO auszulegen. Verfassungskonform kann aber bloß eine solche Auslegung sein, die den Armen soweit wie möglich dem Begüterten gleichstellt. Lediglich derjenige, der an die Erforderlichkeit keine allzu großen Voraussetzungen stellt, wird dem Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG gerecht. Solange sich für die Erforderlichkeit einer anwaltschaftlichen Vertretung auch nur einigermaßen einleuchtende Gründe finden lassen, wird der Bereich der zulässigen Auslegung nicht überschritten.

Fraglich ist jedoch, ob diese Art von Gleichbehandlung nicht letztlich der armen Partei schadet, da ihr die Anwaltsgebühren ja nur gestundet werden. Trotz einiger Bedenken wird man die Frage verneinen müssen: Die Gebührenstundung kommt in der Praxis einem Erlaß gleich. Zum einen erhält der Armenanwalt seine reduzierten Gebühren aus der Bundes- oder Landeskasse vergütet (§ 121 BRAGebO), zum anderen kann er kaum feststellen, ob und wann sein Klient wieder zu Geld kommt und in der Lage ist, ihm den Differenzbetrag zwischen den vom Staat bezahlten Armenanwaltsgebühren und den Normalgebühren zu

erstatten. Der Vorteil einer sachgerechten anwaltschaftlichen Vertretung wiegt im Endergebnis den Nachteil einer theoretischen Nachzahlungsverpflichtung mehr als auf.

cc) Extensive Auslegung des Begriffs
"notwendiger Unterhalt"

Nach § 114 Abs. 1 ZPO darf einer Partei Armenrecht nur gewährt werden, wenn sie die Prozeßkosten ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts nicht bestreiten kann. Was die Partei für den notwendigen Familienunterhalt braucht, soll sich - wie erwähnt - nach herrschender Meinung ⁵⁸ aus der Pfändungsschutzbestimmung des § 850 c ZPO ergeben.

Diese restriktive Handhabung des Armenrechts ⁵⁹ kann jedoch keinesfalls befriedigen. Wer den notwendigen Unterhalt i.S. des § 114 Abs. 1 ZPO dem pfändungsfreien Minimum nach § 850 c ZPO gleichsetzt, verkennt die Bedeutung der Justizgarantie und des Gleichheitssatzes für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des Armenrechts. Wenn mit diesen beiden Grundsätzen ernst gemacht werden soll, muß der Begriff des notwendigen Unterhalts extensiv ausgelegt werden. Es ist ihm ein Sinn beizulegen, der gerade noch mit seinem Wortlaut vereinbar ist. Die Schwierigkeit besteht nur darin, diese Grenze zu finden.

58. KG, JR 51, 184;
Baumbach-Lauterbach, ZPO, 31. Auflage, Anm. 2, A zu § 114; Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Auflage, Anm. II, 1, a zu § 114.

59. Ein typisches Beispiel für die restriktive Handhabung des Armenrechts durch die h.M. findet sich auch in Baumbach-Lauterbach, ZPO, 31. Auflage, Anm. 2, A zu § 114, wenn es dort heißt, vor der Bewilligung des Armenrechts müsse eine scharfe Prüfung stattfinden.

Zu weit dürfte es gehen, den notwendigen Unterhalt des § 114 Abs. 1 ZPO mit dem angemessenen Unterhalt des § 1610 BGB gleichzusetzen. Der angemessene Unterhalt bestimmt sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen (§ 1610 Abs. 1 BGB). Bei gehobener Lebensstellung sind also auch die Bedürfnisse höher ⁶⁰. Der notwendige Unterhalt i.S. des § 114 Abs. 1 ZPO ist dagegen grundsätzlich unabhängig von der sozialen Position des Unterhaltsberechtigten. Er orientiert sich nämlich nicht an dem, was der Berechtigte für sein Leben für erforderlich hält, sondern an dem, was objektiv erforderlich ist. Außerdem wäre es nicht recht einzusehen, warum demjenigen, der auf Grund seiner sozialen Stellung höhere Bedürfnisse hat, in einem ansonsten gleichen Fall (gleiches Einkommen, gleiches Vermögen, gleiche hohe Prozeßkosten) eher Armenrecht gewährt werden sollte als einer auf einer niedrigeren sozialen Stufe stehenden Partei. Dadurch würde der Sinn des Armenrechts in sein Gegenteil verkehrt.

Der notwendige Unterhalt i.S. des § 114 Abs. 1 ZPO wird also zwischen dem angemessenen des § 1610 BGB und dem sogenannten notdürftigen des § 1611 BGB liegen ⁶¹. Allerdings wäre ein relativ großzügiger Maßstab anzulegen. Denn nur eine parteifreundliche Auslegung der Bewilligungsvoraussetzungen des Armenrechts wird der Bedeutung

-
60. Palandt-Lauterbach, BGB, 33. Auflage, Anm. 1 zu § 1610. Palandt-Lauterbach weisen allerdings darauf hin, daß sich das Bedürfnis nicht allein nach dem Herkommen richte. So könne beispielsweise der Anspruch jedes Sohnes aus dem "höheren Bürgerstand" auf Hochschulbildung ebensowenig auf Verständnis stoßen wie die Rücksichtnahme auf den "besonderen Familienglanz" (Anm. 1 zu § 1610).
61. So auch: Baumbach-Lauterbach, ZPO, 31. Auflage, Anm. 2, A zu § 114; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßordnung, 10. Auflage, § 90, II, 1, a; Koebel, NJW 1964, 392 f.

des Gleichheitssatzes, der Justizgarantie und endlich dem Wesen des Armenrechts gerecht. Es soll im Rahmen dieser Arbeit freilich nicht der Versuch gemacht werden, den notwendigen Unterhalt i.S. des § 114 Abs. 1 ziffernmäßig zu bestimmen. Diese Arbeit kann dem Prozeßrichter nur eine Auslegungsrichtlinie an die Hand geben. Die Feststellung, wann die Prozeßkosten den "notwendigen Unterhalt" beeinträchtigen würden, hat der jeweils mit der Sache befaßte Richter von Fall zu Fall zu treffen.

b) De lege ferenda

Die Vorschläge de lege lata konnten das düstere Bild des drohenden Kostenrisikos nicht beseitigen, sondern lediglich etwas aufhellen. Sicherlich ist es ein Unterschied, ob einer Partei großzügig Armenrecht gewährt wird oder nicht. Das ideale Kostenrecht läßt sich aber nur durch Gesetzesänderungen erreichen.

α) Die umfassende Lösung des Kostenproblems

Schon vor über hundert Jahren, im Jahre 1848, erhob Kirchmann⁶² schwere Vorwürfe gegen einen Staat, "der die Verwirklichung des Rechts zu seiner höchsten Aufgabe macht und doch die Handhabung desselben im einzelnen mit schwerem Gelde sich bezahlen läßt". Neuerdings meint Schneider⁶³, eine wirkliche, dem Rechts-

62. Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, Neudruck 1956, Seite 8.

63. JurA 1971, Heft 1, Seite 111.

Auch Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 95 ist der Ansicht, für alle Gerichtsverfahren müßte ein Nulltarif eingeführt werden.

und Sozialstaatsprinzip allein angemessene Veränderung des zivilprozessualen Kostenrechts müsse das Übel an der Wurzel packen und ausreißen; eine solche Reform müsse notwendig umstürzend, radikal sein. Wirklicher Rechtsstaat wäre es, wenn die Gerichtskosten und eventuell sogar die außergerichtlichen Kosten überhaupt abgeschafft würden. Schneider will seinen Vorschlag aber lediglich als Ausblick in die fernere Zukunft verstanden wissen. An die Verwirklichung des kostenlosen Rechts in absehbarer Zeit glaubt er nicht.

In der Tat wäre der kostenfreie Rechtsschutz ein Novum in der wechselvollen Geschichte der Rechtsprechung. Er müßte zu großen Umwälzungen in der Justiz und der Anwaltschaft führen. Ein solcher geradezu revolutionärer Schritt darf nicht ohne zwingende Notwendigkeit getan werden. Als ultima ratio der kostenrechtlichen Diskussion setzt er zweierlei voraus:

1. Die völlige Freistellung von Kosten muß vom haushaltspolitischen Standpunkt aus "machbar" sein.
2. Das derzeitige Kostenrechtssystem, das von der Beteiligung der Parteien an den Kosten der Rechtsfindung ausgeht, muß als solches untauglich und nicht reformierbar sein.

aa) Das kostenlose Recht - eine Utopie?

Das kostenlose Recht ließe sich auf verschiedene Art und Weise verwirklichen. Auf jeden Fall müßte der Staat auf Gebühren verzichten. Die Auslagen der Parteien wären entweder von der Staatskasse zu erstatten, oder es müßte die selbständige Anwaltschaft abgeschafft werden und an ihre Stelle die Beratung der Parteien durch zwar

unabhängige, aber vom Staat fest besoldete Beamten treten. Da die zweite Alternative nicht wünschenswert wäre, ist lediglich die erste diskussionswürdig. Bleibt also zu überlegen, ob die damit verbundene Belastung des Staatshaushalts tragbar wäre.

Berücksichtigt man, daß in der ordentlichen Gerichtsbarkeit immerhin fast die Hälfte der Ausgaben durch die Gerichtskosten gedeckt wird ⁶⁴ und vergegenwärtigt man sich, daß die außergerichtlichen Kosten über doppelt so hoch als die Gerichtskosten sind, erkennt man den leicht utopischen Charakter dieses Vorschlags. Niemand kann erwarten, daß der Justizhaushalt in absehbarer Zeit bei gleichbleibendem Stellenplan fast verdreifacht wird. Zur Realisierung des kostenlosen Rechts wäre eine Umverteilung der Prioritäten im Gesamthaushalt nötig. Die Chancen dafür sind im Augenblick aber gleich Null ⁶⁵.

bb) Vor- und Nachteile des geltenden Prozeßkostenrechts - kritische Analyse des Systems

Ob das derzeitige Kostenrechtssystem als solches unbrauchbar ist, läßt sich nur feststellen, wenn man sich seine Folgen etwas näher ansieht.

Die Folgen lassen sich in erstrebte und in nicht erstrebte einteilen. Erstrebt wurden die Abschreckungsfunktion und die Entlastung des Justizhaushalts. Nicht erstrebt die Benachteiligung wirtschaftlich schwacher Parteien,

64. Die Ausgaben der Bundesländer für die Rechtspflege, Justizblatt des Saarlandes 1965, 160 ff, zitiert in AnwBl. 1971, 78: Die Kosten werden
 bei den ordentlichen Gerichten zu 45,01 %
 bei den Sozialgerichten zu 6,79 %
 bei den Arbeitsgerichten zu 9,19 % gedeckt.

65. Bauer, VersR 1973, 111 ist sogar der Ansicht, wegen der Finanzierungsfrage werde die Diskussion über die Verfassungswidrigkeit des Kostenrechts kaum praktische Auswirkungen haben.

das unausgewogene Verhältnis zwischen Kostenrisiko und Interesse der Partei an einer gerichtlichen Entscheidung und die Wirkung als Rechtswegsperre. Reformierbar ist das Kostenrecht dann, wenn es zumindest im Ansatz eine positive Auswirkung hat und wenn sich die als verfassungswidrig erkannten Regelungen ausmerzen lassen, ohne daß das System an sich abgeschafft werden muß.

Wenn die Prozeßparteien mit einem Teil der bei der Rechtsfindung entstandenen Kosten belastet werden, so hat das durchaus seinen Sinn und seine Berechtigung. Die Rechtsprechung und insbesondere der Prozeß dienen zwar auch der Allgemeinheit, in erster Linie kommen sie aber den rechtssuchenden Parteien zugute ⁶⁶. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, weshalb der Steuerzahler dann die gesamten Ausgaben der Gerichtsbarkeit tragen sollte. Eine solche Regelung wäre ebenso wenig interessenkonform wie der umgekehrte Fall, daß die Parteien die Gerichte vollständig finanzieren müßten.

Es schadet auch grundsätzlich nicht, wenn das drohende Kostenrisiko eine Abschreckungsfunktion entfaltet. Ja, es ist durchaus legitim, eine leichtfertige oder querulatorische Inanspruchnahme der Gerichte durch Gebühren einzudämmen ⁶⁷. Mit diesen Filterungsprozeß, mit dieser Trennung der Spreu vom Weizen, wird die Funktionsfähigkeit der Gerichte gestärkt. Würden die Gerichte in großem Umfang mit völlig aussichtslosen Klagen überschwemmt, könnten sie ihrer eigentlichen Aufgabe als Wahrer von

66. Vgl. 3. Kapitel, II, 1, b, β .

67. Ebenso: Gebührenausschuß des Deutschen Anwaltvereins, AnwBl. 1971, 78.
Gegen einen "Nulltarif" in der Rechtsprechung spricht sich auch Demuth, DRiZ 1972, 27 aus.

Recht und Gerechtigkeit nicht mehr in gebührender Weise nachkommen. Das bestehende Kostenrecht hat also durchaus auch positive Züge.

Die partielle Verfassungswidrigkeit des Kostenrechts (Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, die Beeinträchtigung der Justizgarantie und die Verletzung des Gleichheitssatzes) läßt sich auch dann beseitigen, wenn im übrigen das System beibehalten wird. Die Verfassungsverstöße betreffen nämlich nicht die grundsätzliche Verpflichtung der Parteien, Kosten zu übernehmen, sondern nur deren Auswüchse. Diesen Auswüchsen kann aber mit einer allgemeinen Senkung des Kostenrisikos und mit verschiedenen sozialpolitischen Maßnahmen begegnet werden.

β) Allgemeine Senkung des Kostenrisikos

aa) Aufhebung des Anwaltszwanges

In den Diskussionsbeiträgen zum Kostenrecht wird vereinzelt die Aufhebung des Anwaltszwanges erwogen⁶⁸. Am nachdrücklichsten wird diese Forderung von Sauer⁶⁹ erhoben. Sauer sieht darin sogar eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit. Das Fehlen der Postulationsfähigkeit, das heißt der Fähigkeit einer Partei, vor Gericht selbst zu verhandeln, lasse sich nämlich nicht mit Art. 1 GG, zumindest aber nicht mit Art. 2 Abs. 1 GG vereinbaren. Der einzelne müsse sich zwar, wie das BVerfG entschieden habe⁷⁰, diejenigen Schranken seiner Handlungs-

68. Z.B. Bokelmann, ZRP 1973, 165; Hagen, ZRP 1971, 385 (392); Stötter, NJW 1968, 522.

69. DRiZ 1970, 294.

70. BVerfGE 4, 7 (16).

freiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren ziehe, vorausgesetzt, die Eigenständigkeit der Person bleibe gewahrt; der Anwaltszwang werde davon aber nicht gedeckt.

Der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit überrascht ein wenig. Bis jetzt erblickte man in der Anwaltschaft gewöhnlich ein Organ der Rechtspflege, das zuallererst den Parteien dient. Sollte diese Vorstellung getrogen haben? Heißt es also Abschied zu nehmen vom Bild des altruistischen Anwalts? Oder verkennt Sauer seinerseits die Bedeutung des Rechtsanwalts bzw. den Umfang und die Grenzen des Art. 2 Abs. 1 GG?

Verfassungswidrig könnte der Anwaltszwang nur sein, wenn er entweder nicht der Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens dient oder unzumutbar ist ⁷¹. Man wird jedoch weder das eine noch das andere behaupten können:

Zum sozialen Zusammenleben gehört auch die sachgerechte Lösung von Konflikten. Dazu trägt der Anwalt Wesentliches bei, ob er nun seine Partei berät, den Sachverhalt eruiert, auf die Möglichkeit einer gütlichen Einigung hinweist oder die entscheidungserheblichen Tatsachen im Prozeß vorträgt. Unzumutbar ist der Anwaltszwang wohl schon deshalb nicht, weil die Mitwirkung von Rechtsanwälten im Zivilprozeß primär den Interessen der Parteien dient. Eine rechtsunerfahrene Partei wird in der Regel die Aussichten eines Prozesses nicht hinreichend beurteilen können und einer sachgerechten Prozeßführung nicht gewachsen sein. Dieses Handicap kann nur mit Hilfe eines Anwalts ausgeglichen werden. ^{71a}

71. BVerfG, oben N. 70, siehe dort.

71a. Die Verfassungswidrigkeit des Anwaltszwangs bejaht aber Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 93.

Mit der Bejahung der Verfassungskonformität des Anwaltszwanges ist jedoch noch nichts über seine Zweckmäßigkeit gesagt. Ob er de lege ferenda beseitigt werden sollte, läßt sich nicht mit leichter Hand beantworten. Nur wenn der Vorteil der Kostenentlastung weit höher zu bewerten wäre als etwaige negative Nebenfolgen, ließe sich eine Aufhebung des Anwaltszwanges guten Gewissens empfehlen.

Negativ könnte sich die Beseitigung des Anwaltszwanges für die Parteien, für die Gerichte und für die Anwaltschaft selber auswirken:

Daß die anwaltschaftliche Vertretung in erster Linie dem Mandanten zugute kommt, wurde bereits erwähnt ⁷². Würde der Anwaltszwang aufgehoben, käme es zu einer neuen Ungleichbehandlung. Angehörige der Oberschicht würden sich weiterhin einen Anwalt nehmen, während der weniger Begüterte seine Interessen in persona verfechten müßte ⁷³. Die Rechtsberatung würde also zu einem Privileg der Reichen ⁷⁴. Das aber kann nicht das Ziel einer Reform des Kostenrechts sein.

Nicht minder schwer wiegt, daß die Arbeit der Gerichte empfindlich gestört würde ⁷⁵. Da ein erheblicher Teil der richterlichen Tätigkeit mit bloßer Sachverhaltserforschung ausgefüllt wäre, müßte die Effektivität der Rechtsprechung zwangsläufig sinken. Sicher, der Beibringungsgrundsatz gilt auch im anwaltslosen Prozeß. Dieser

72. Hagen, ZZP 84, 385 (392) meint, der Gebrauch eines Anwalts bedeute den Einbau einer "Zutrauenssphäre" in den den Justizapparat kennzeichnenden Bereich der "Mißtrauenssphäre".

73. Nach einer empirischen Untersuchung, mitgeteilt von Kaupen, AnwBl. 1971, 63 f, nehmen sich in Prozessen ohne Anwaltszwang vorwiegend Angehörige der sozialen Oberschicht einen Anwalt, nämlich etwa 77 %, während es im Bevölkerungsdurchschnitt nur etwa 44 % sind.

74. Bokelmann, ZRP 1973, 165.

75. Auf die Entlastung der Gerichte durch die Anwälte weist vor allem Stötter, NJW 1968, 522 hin.

Grundsatz wird aber schon heute zu Gunsten einer nicht anwaltschaftlich vertretenen Partei mit Hilfe der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) durchbrochen. Nach einer Aufhebung des Anwaltszwanges würde sich der Trend zur Amtsermittlung zweifellos noch verstärken. Am nachhaltigsten würde jedoch die Anwaltschaft getroffen. Sollte es zu einem stärkeren Rückgang der Mandate kommen, wäre ihr Lebensstandard ernstlich bedroht. Entgegen einer landläufigen Meinung gehört der Durchschnittsanwalt aber bereits jetzt nicht gerade zu den Spitzenverdienern unserer Gesellschaft⁷⁶. Es müßten also über kurz oder lang die Anwaltsgebühren fühlbar erhöht werden. Ein zweites ist zu bedenken: In Prozessen mit geringem Streitwert decken die Gebühren oft nicht einmal die Auslagen des Anwalts. Kleinere Prozesse werden also durch größere mitfinanziert. Wenn für größere Prozesse der Anwaltszwang fällt, darf man folglich auch nicht mehr erwarten, in einem kleinen vertreten zu werden. Die Kostenentlastung müßte also mit einem Anwaltsverzicht in Bagatellsachen erkaufte werden.

Außerdem ist noch folgendes zu beachten: Wäre der Anwaltszwang beseitigt, könnten die Parteien trotzdem weiterhin einen Anwalt nehmen. Die praktischen Auswirkungen einer Aufhebung des Anwaltszwanges dürften also nicht sehr groß sein. Auch jetzt sind ja die meisten Parteien vor dem Amtsgericht schon anwaltschaftlich vertreten. Wollte man die anwaltschaftliche Vertretung wirksam eindämmen, müßte man die Anwaltskosten für nicht erstattungsfähig erklären. Das wäre aber keineswegs wünschenswert.

Wägt man also die Vor- und Nachteile des Anwaltszwanges ab, schlagen die ersteren stärker zu Buche. Die Beseitigung des Anwaltszwanges ist damit nicht der richtige Weg, das Kostenrisiko zu mildern.

76. Brangsch, AnwBl. 1961, 78 (80).

bb) Kostenlose Rechtsberatung

Der soziale Rechtsstaat sollte es sich zu seiner vornehmsten Aufgabe machen, den Bürger jederzeit über seine Rechte zu informieren. Leider sind aber viele Gesetze für einen juristischen Laien unverständlich und nicht durchschaubar. Schuld daran sind der allen Juristen eigene Hang zur Perfektion und ein juristisch elitäres Bewußtsein, aber auch die in einem pluralistischen Staat immer komplizierter werdenden Lebenssachverhalte. Es wäre nur recht und billig, wenn der Staat zur Erläuterung unverständlicher Gesetze eine jedermann offenstehende Rechtsberatung einführen würde ⁷⁷. Er trüge damit einem Postulat der Kostenrechtsprämissen Rechnung: Ist effektiver Rechtsschutz nämlich eine staatliche Aufgabe ⁷⁸, muß der Staat mehr tun, als Gesetze zu erlassen. Er muß sie zumindest interpretieren, und zwar nicht allgemein, sondern ad hoc, im Einzelfall. ^{78a}

Problematisch ist jedoch, wie diese Rechtsberatung in der Praxis aussehen sollte.

Müßte sie für jedermann kostenlos sein oder nur für finanziell schlechter gestellte Parteien?

Wären öffentliche Rechtsberatungsstellen zu errichten, die von Behörden geleitet und finanziert werden, oder sollte die Beratung der Rechtsanwaltschaft in der Weise anvertraut werden, daß der einzelne beratende Rechtsanwalt aus öffentlichen Mitteln entschädigt wird, dann aber auch zur außergerichtlichen Rechtsberatung verpflichtet ist?

77. Auch das Bundesjustizministerium befaßt sich zur Zeit offensichtlich mit dem Plan, den Zugang zu einer wirksamen Rechtsberatung im außergerichtlichen Bereich für sozial schwächer gestellte Schichten der Bevölkerung zu verbessern (siehe Juristische Arbeitsblätter 1974, S. 205).

78. Vgl. 3. Kapitel, II, 1, a, α .

78a. Daher bezeichnet auch Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 69 die Errichtung von Rechtsberatungsstellen als eine "Maßnahme, die nur zu begrüßen ist".

Endlich müßte die Funktion einer solchen Rechtsberatungsstelle geklärt werden. Sollte sie nur im vorprozessualen Stadium beratend tätig werden können, oder sollte sie auch vor Gericht als Prozeßvertreter auftreten dürfen?

Die erste Frage läßt sich im Rahmen dieser Arbeit nur schwer beantworten. Verfassungsrechtlich geboten ist jedenfalls die kostenlose Rechtsberatung für finanziell schwach gestellte Bürger. Nur auf diesem Wege ließe sich eine Chancengleichheit zwischen arm und reich bei der außergerichtlichen Rechtsberatung erreichen. Ob darüberhinaus die Rechtsberatung generell kostenfrei sein sollte, hängt nicht zuletzt von den dafür aufzubringenden Kosten ab. Eine abschließende Stellungnahme würde daher zuerst eine Kostenermittlung voraussetzen.

Für diese Rechtsberatung bräuchten keine öffentlichen Rechtsberatungsstellen errichtet werden. Es wäre sachgerechter, wenn diese Aufgabe den Anwälten zugewiesen würde, die dafür freilich - soweit die Rechtsberatung kostenlos ist - aus öffentlichen Mitteln entschädigt werden müßten ^{78a}. Denn die Anwaltschaft ist für die Rechtsberatung geradezu prädestiniert: So sind beispielsweise die meisten herkömmlichen anwaltschaftlichen Tätigkeiten auch mit einer Beratung verbunden. Rechtsberatung ist also dem Anwalt nicht fremd. Außerdem hat der Bürger in der Regel zum Anwalt ein größeres Vertrauen als zu einem vom Staat abhängigen Beamten. Schließlich soll nicht vergessen werden, daß die Errichtung und der Unterhalt staatlicher Rechtsberatungsstellen dem Staat kaum billiger kämen als die Zahlung der Rechtsberatungsgebühren an die Anwälte.

78a. Darauf laufen offensichtlich auch die Vorstellungen des Bundesjustizministeriums hinaus (siehe Jur. Arbeitsblätter 1974, 205).

Damit ist zugleich die Antwort auf die letzte Frage vorgezeichnet: Die Rechtsberatung würde sich zwar im vorprozessualen Stadium abspielen. Sollte es aber zu einem Prozeß kommen, wäre die Rechtsberatungsstelle, die ja mit einem Anwalt identisch ist, auch zur Vertretung im Prozeß befähigt.

Die Verwirklichung dieser Anregung hätte zur Folge: Wäre die Rechtsberatung lediglich für wirtschaftlich schwächere Personen kostenfrei, so wäre für diese Personen wenigstens im vorprozessualen Stadium die Chancengleichheit sichergestellt. Wäre die Rechtsberatung generell kostenlos, so wäre das Kostenrisiko für die (vorprozessuale) Rechtsberatung beseitigt. Das Kostenrisiko eines Prozesses würde dagegen weiterbestehen.

f) Gerichtsgebühren - ein unverzichtbarer Bestandteil des Kostenrechts?

Nach einer Pressemitteilung (FAZ Nr. 185/71) ⁷⁹ hat der OLG-Präsident von Frankfurt, Dr. Kissel, gefordert, es sollten endlich die Gerichtsgebühren abgeschafft werden. Auch der Gebührenausschuß des Deutschen Anwaltvereins hat sich für eine Senkung der Gerichtsgebühren ausgesprochen, falls ansonsten das für die Prozeßparteien erträgliche Kostenrisiko überschritten werde ⁸⁰. Grund und Höhe der Gerichtsgebühren sind heute also keineswegs mehr tabu und unumstritten.

79. Abgedruckt in DRiZ 1971, 285.

80. AnwBl. 1971, 78.

Diese Forderungen sind indes gar nicht so revolutionär, wie sie klingen. Ansätze dazu finden sich bereits im geltenden Recht: So ist beispielsweise - wie erwähnt - das Verfahren vor den Sozialgerichten kostenfrei (§ 183 SGG). Das Gleiche gilt grundsätzlich für alle Verfahren des Bundesverfassungsgerichts (§ 34 Abs. 1 BVerfGG) und des Bayr. Verfassungsgerichtshofs (Art. 22 Abs. 1 VfGHG). Im arbeitsgerichtlichen Verfahren sind schließlich die Sätze für die Gerichtsgebühren niedriger als sonst (§ 12 Abs. 1 ArbGG).

aa) **Gebührengrund: Gegenleistung für Inanspruchnahme einer staatlichen Leistung**

Die Gerichtsgebühren sind ihrer Rechtsnatur nach Gebühren, das heißt, sie sind die Gegenleistung des Bürgers für die Inanspruchnahme einer staatlichen Leistung. Sie sind der Preis dafür, daß der Staat Gerichte einrichtet, unterhält und ausstattet, daß das Gericht den Streit entscheidet und daß diese Entscheidung Rechtskraft entfaltet.

Gebühren sind grundsätzlich gerechtfertigt. Ausgangspunkt muß die Erkenntnis sein, daß ein moderner Staat auf Abgaben im weitesten Sinne nicht verzichten kann. Wie diese Abgaben im einzelnen auszugestalten sind, ob also Gebühren, Beiträge oder Steuern erhoben werden sollen, ist in erster Linie eine Frage der "Steuergerechtigkeit" (als Ausfluß des allgemeinen Gleichheitssatzes) hängt aber auch von dem zu erfassenden Lebenssachverhalt ab. Es kann aber nicht ungerecht sein, wenn jemand, der eine staatliche Institution in besonderer Weise in Anspruch nimmt, neben seinem allgemeinen Steueranteil noch mit Sonderleistungen in Form von Gebühren belastet wird. Im Gegenteil! Als Pendant zur Sondernutzung sind Gebühren sogar volkswirtschaftlich notwendig und erwünscht.

Daran ändern auch die §§ 183 SGG, 34 Abs. 1 BVerfGG und der Art. 22 Abs. 1 Bayer. VfGHG nichts. Diese Regelungen können nicht Vorbild für eine Änderung des Kostenrechts sein ⁸¹. Die Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Bayer. Verfassungsgerichtshof bzw. ein Prozeß vor einem Sozialgericht lassen sich nämlich nicht mit einem normalen Zivilprozeß vergleichen:

Die Verfassungsgerichte sind die Hüter der Verfassung. Dieser Kontrollfunktion sollen sie nicht deshalb verlustig gehen, weil der Anrufungsberechtigte den dazu erforderlichen Geldbetrag nicht aufzubringen vermag. Im Sozialgerichtsverfahren stehen sich schließlich regelmäßig zwei wirtschaftlich ungleiche Parteien gegenüber. § 34 Abs. 1 BVerfGG und Art. 22 Abs. 1 Bayer. VfGHG wurden also aus staatspolitischen, § 183 SGG aus sozialpolitischen Gründen erlassen. Beide Gesichtspunkte spielen im Zivilprozeß eine wesentlich geringere Rolle.

bb) Gebührenhöhe

bb 1) Abwägung zwischen allgemeiner Aufgabe und Sondernutzung der Rechtssuchenden

Entsprechend der Definition der Gerichtsgebühren als Gegenleistung für Sondernutzungen dürfen nur diejenigen Kosten der Gerichte über Gebühren gedeckt werden, die den Sondernutzungen zuzurechnen sind ⁸². Diese Ausgrenzung der Sondernutzungskosten bereitet in der Praxis aber Schwierigkeiten. Inwieweit die Rechtsprechung den Parteien dient und zugutekommt, läßt sich kaum in Pro-

81. Teilweise a.A. Schmidt, JZ 1972, 681 f.

Nach seiner Meinung müßten verschiedene Kategorien von Prozessen (z.B. Miet- und Unterhaltsstreitigkeiten, Scheidungsverfahren und arbeitsgerichtliche Kündigungsprozesse) gerichtskostenfrei sein.

82. Ebenso Haller, Die Steuern, 1964, Seite 27.

zenten ausdrücken. Deshalb kann der von den Rechtssuchenden zu entrichtende Teil der Kosten auch nur mehr oder minder willkürlich ermittelt werden.

Sicherlich müßten die Gerichtsgebühren herabgesetzt werden, wenn mit ihrer Hilfe die Gerichte vollständig oder fast vollständig finanziert würden. Denn dann kämen die staatliche Funktion der Gerichte und der allgemeine Zweck eines jeden Prozesses ⁸³ offensichtlich zu kurz. Liegen die Gerichtsgebühren aber unter 50 % der Ausgaben für die Gerichte ⁸⁴, so kann von einem Mißverhältnis bzw. falschem Abwägen zwischen allgemeiner Aufgabe und Sondernutzung der Rechtssuchenden keine Rede sein. Das heißt also: Die Höhe der Gerichtsgebühren ist insoweit nicht zu beanstanden.

bb 2) Das Äquivalenzprinzip

Das Äquivalenzprinzip, das dem Wesen der Gebühr immanent ist, besagt, daß die Gebühr in keinem Mißverhältnis zu der von der öffentlichen Hand gebotenen Leistung stehen darf ⁸⁵. Gebühr und für den Gebührenschuldner sich ergebender Nutzen müssen sich also die Waage halten.

Ob sich die Höhe der Gerichtsgebühren damit vereinbaren läßt, ist zweifelhaft. Das unausgewogene Verhältnis zwischen Gesamtkostenrisiko und Interesse der Partei an einer gerichtlichen Entscheidung ⁸⁶ spricht eher für das Gegenteil. Zumindest in dem vom OLG Frankfurt am 28.4.1970 entschiedenen Fall ⁸⁷ dürfte die durch das Äquivalenzprinzip gesetzte Obergrenze überschritten worden sein.

83. Vgl. 3. Kapitel, II, 1, a, α und 3. Kapitel, II, 1, b, β , cc.

84. Vgl. oben N. 64.

85. BayVGh, BayVBl. 71, 387.

86. Vgl. 1. Kapitel, II, 1.

87. Rpfleger 1970, 354.

bb 3) Die Gerichtsgebühren als Teil der Prozeßkosten

Wer der Meinung ist, das Äquivalenzprinzip werde nicht verletzt und wer sich deshalb auch nicht zu einer Senkung der Gerichtsgebühren durchringen kann, sollte noch folgendes bedenken: Die Gerichtsgebühren sind Teil der Prozeßkosten. Die Prozeßkosten sind in ihrer Gesamtheit zu hoch. Die Anwaltsgebühren lassen sich aber nicht ohne weiteres herabsetzen, da der Anwalt seine Kosten und seinen Lebensunterhalt voll aus den Anwaltsgebühren bestreiten muß⁸⁸. Ähnliches gilt für die Auslagen für Zeugen und Sachverständige. Unter diesen Umständen bietet sich als Ausweg nur die Ermäßigung der Gerichtsgebühren an. Eine maßvolle Senkung der Gerichtsgebühren würde den Justizhaushalt auch nicht in unvertretbarer Weise belasten.

Es wird also empfohlen, die Gerichtsgebühren generell herabzusetzen.

c) Der Staat als Träger von Prozeßkosten

Bis vor kurzem wurde die Pflicht der Parteien, die Kosten zu tragen, kaum in Frage gestellt. Das kann auch nicht verwundern, wenn man weiß, daß sich früher fast niemand die Mühe machte, die Prämissen des Kostenrechts zu erforschen. Erst als man den Gemeinschaftsbezug der Rechtsprechung erkannte und merkte, daß nicht jeder Prozeß "verschuldet" sein muß, bahnte sich eine Wende an.

88. Darauf hat insbesondere der Gebührenausschuß des Deutschen Anwaltvereins, AnwBl. 1971, 78 hingewiesen. Gegen alle Tendenzen, die Gerichtsgebühren zu erhöhen, wendet sich mit überzeugender Begründung neuerdings Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 12 ff.

Inzwischen wurde bereits mehrfach ⁸⁹ eine Überwälzung bestimmter Kosten auf den Staat gefordert. Es wäre freilich verfehlt, jetzt in das genaue Gegenteil zu verfallen und dem Staat alle Prozeßkosten aufbürden zu wollen. Nur soweit die Kostenrechtsprämissen und die Interessenlage es zwingend gebieten, ist eine Prozeßkostenübernahme durch den Staat gerechtfertigt.

aa) Ersatz der Sachverständigenkosten durch den Staat

Es ist das Verdienst Piepers ⁹⁰, erstmals das Problem der Sachverständigenkosten in die kostenrechtliche Diskussion eingeführt zu haben. Wägt man die Interessen der Beteiligten ab, ist es tatsächlich nur schwer zu begreifen, weshalb die Parteien in vollem Umfang mit den Sachverständigenkosten belastet werden sollen. Sachverständigenkosten sind nicht wie die Kosten für Zeugen eine unmittelbare Folge der Beweislast der Parteien. Sachverständige werden nur dann gehört, wenn es dem Gericht an der nötigen Sachkunde fehlt. Dadurch anfallende Kosten sind also der Sphäre des Gerichts, nicht der der Parteien zuzuordnen. Berücksichtigt man außerdem, daß manche Gutachten auch für die Zukunft fruchtbar gemacht werden können, so erscheint es unbedingt erforderlich, den Staat wenigstens im gewissen Umfang an den Auslagen für Sachverständige zu beteiligen.

bb) Übernahme der Prozeßkosten durch den Staat

bb 1) Kosten einer Grundsatzrevision

Wenn die Revision in erster Linie der Wahrung der Rechtseinheit (durch einheitliche Rechtsauslegung und -anwendung

89. Z.B. Brangsch, AnwBl. 1961, 78;
Pieper ZJP 84 (1971), 1 (38).

90. Oben N. 89. Ihm folgt jetzt auch Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 91.

bzw. durch richterliche Rechtsfortbildung) und erst in zweiter Linie der Herbeiführung einer gerechten Entscheidung dient ⁹¹, muß das kostenrechtliche Konsequenzen haben.

Aber nicht solche, wie sie in § 34 GKG ⁹² enthalten sind: Die Kosten der Revision müßten entweder zum Teil oder vollständig vom Staat übernommen werden, und zwar alle Kosten, ob Anwaltsgebühren, Zeugengebühren, Sachverständigenkosten usw. ⁹³.

Das gilt auf jeden Fall für die Kosten einer Zulassungsrevision (§ 546 Abs. 1 ZPO). In der Zulassungsrevision hat nämlich das Ziel der Rechtseinheit und -fortbildung seinen sichtbarsten Niederschlag gefunden. Die richtige Entscheidung des anhängigen Falles tritt dahinter fast völlig zurück. (Vgl. § 546 Abs. 2 ZPO: Das Oberlandesgericht darf die Revision nur zulassen, wenn die Rechtsache grundsätzliche Bedeutung hat.) Diese Bedeutung der Zulassungsrevision für die Allgemeinheit würde verkannt, wollte man die Allgemeinheit nicht über den Staat auch zur Kostentilgung heranziehen.

Bei der zulassungsfreien Revision, der sogenannten Wertrevision, steht zwar das Parteiinteresse stärker im Vordergrund. Eine Kostenentlastung der Parteien drängt sich also nicht so sehr auf. Andererseits bleibt auch die Wertrevision Revision, das heißt ihr Hauptzweck ist ebenfalls ein allgemeiner und nicht ein parteibezogener.

Es wird also folgende Kostenrechtsänderung angeregt: Die Kosten einer Grundsatzrevision hat der Staat völlig, die Kosten einer Wertrevision zum Teil zu tragen.

91. Vgl. 3. Kapitel, II, 1, b, 8, cc.

92. § 34 GKG: In der Berufungsinstanz erhöhen sich die in § 25 bestimmten Gebühren um die Hälfte, in der Revisionsinstanz auf das Doppelte.

93. Ebenso Bokelmann, ZRP 1973, 166.

bb 2) Kosten fehlerhafter Gerichtsentscheidungen

Zu überlegen wäre auch, ob dem Staat nicht die Kosten fehlerhafter Gerichtsentscheidungen angelastet werden sollten. Es ist kein stichhaltiger Grund ersichtlich, die Kostensanktion des § 95 Satz 2 ZPO auf die Parteien zu beschränken. Im Gegenteil! Von einem Gericht darf man eine größere Sorgfalt erwarten als von den Parteien, mögen diese juristisch gebildet sein oder nicht. Verletzt es diese Pflicht, so ist es nur logisch, den Staat die daraus resultierenden Folgen kostenrechtlicher Art tragen zu lassen. § 7 GKG mit der Möglichkeit, bestimmte Kosten niederzuschlagen, reicht nicht aus, da er nur Gerichtskosten betrifft.

Nicht beigespflichtet kann allerdings Hagen werden, der den Staat de lege lata für außergerichtliche Prozeßkosten, die infolge grob fehlerhaften Verhaltens des Gerichts angefallen sind, haften lassen will⁹⁴. § 839 BGB kann nicht - wie Hagen meint - durch richterliche Rechtsfortbildung entsprechend ausgelegt bzw. erweitert werden, da es sich bei dem Problem der Kostenhaftung nicht um eine Regelungslücke, sondern um eine rechtspolitische Frage handelt. In den meisten Fällen stünde dem auch der Sinn des § 839 Abs. 2 BGB entgegen. Nur soweit es sich um Kosten handelt, die auf einer Verweigerung bzw. Verzögerung richterlicher Amtstätigkeit beruhen, ließe sich Hagens Ansicht mit dem Spruchrichterprivileg vereinbaren (vgl. § 839 Abs. 2 Satz 2 BGB).^{94a}

Schwierigkeiten bereitet letztlich aber die Abgrenzung. Sollte zwischen Kosten, die auf schuldhaftem Handeln beruhen und Kosten bloß objektiv fehlerhafter Gerichtsentscheidungen ein Unterschied gemacht werden oder nicht?

94. NJW 1970, 1017 (1023).

94a. Auch Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 89 glaubt offensichtlich, dieser Vorschlag könne nur de lege ferenda verwirklicht werden.

Um schwierige Wertungsfragen bezüglich der Verschuldensproblematik zu vermeiden, wäre der zweiten Alternative der Vorzug zu geben.

ε) Kostenaufteilung unter den Parteien

Erweiterung des § 91 ZPO zu einer reinen Ermessensvorschrift ⁹⁵

Verschiedentlich wird eine Aufweichung des starren Kostenersatzungsprinzips des § 91 ZPO angeregt ⁹⁶.

Ehrig ⁹⁷ ist der Ansicht, es sollte nur der Kostenersatzungspflichtig sein, der die "mangelnde Berechtigung seiner Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung kannte oder kennen mußte". Egon Schneider ⁹⁸ hat sogar bereits eine entsprechende Neuformulierung des § 91 ZPO unterbreitet:

- (1) Über die Kosten des Rechtsstreits entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Es hat dabei den gesamten Inhalt der Verhandlungen und der Prozeßführung der Parteien zu berücksichtigen; in erster Linie ist jedoch das Maß des Obsiegens und Unterliegens bestimmend. Die Zurücknahme eines Antrages steht dem Unterliegen gleich.

95. Im französischen Zivilprozeß wurde bereits durch eine Novelle vom 22.12.1958 dem Gericht die generelle Befugnis eingeräumt, über die Kosten nach freiem Ermessen zu entscheiden (Ehrig, ZRP 1971, 252). Ob sich diese Regelung in der Praxis bewährt hat, konnte allerdings nicht festgestellt werden.

96. Sieg, BB 1972, 1379 stellt zwar die Beseitigung der Kostenersatzungspflicht zur Diskussion, bezweifelt aber die Durchsetzbarkeit dieses Vorschlags.

97. ZRP 1971, 253.

98. Jura 1971, Heft 1, 57 (108).

So neu, wie es auf den ersten Blick erscheint, sind diese Vorschläge für das deutsche Prozeßrecht gar nicht ⁹⁹. § 36 q PatG bestimmt für das Verfahren vor dem Bundespatentgericht über die Beschwerde des Patentanmelders gegen die Versagung und die Beschwerde des Einsprechenden gegen die Erteilung des Patents:

- (1) Sind an dem Verfahren mehrere Personen beteiligt, so kann das Patentgericht bestimmen, daß die Kosten des Verfahrens einem Beteiligten ganz oder teilweise zur Last fallen, wenn dies der Billigkeit entspricht. Es kann insbesondere auch bestimmen, daß die den Beteiligten erwachsenen Kosten, soweit sie nach billigem Ermessen zur zweckentsprechenden Wahrung der Ansprüche und Rechte notwendig waren, von einem Beteiligten ganz oder teilweise zu erstatten sind.

Wie die Billigkeitsklausel des § 36 q PatG praktiziert wird, geht aus einem Beschluß des 27. Senats des Bundespatentgerichts vom 25.6.1969 ¹⁰⁰ hervor: "Bei der nach billigem Ermessen zu treffenden Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens ist auch - anders als nach § 91 ZPO - nicht in jedem Falle an die Tatsache des Unterliegens die Folge der Kostentragung geknüpft. Vielmehr bietet § 36 q Abs. 1 PatG die Möglichkeit, von einer Kostenauflegung auch im Unterliegensfall dann abzusehen, wenn die Durchführung des Beschwerdeverfahrens nicht von vorneherein kaum Aussicht auf Erfolg bot, sondern die Entscheidung der Prüfungsstelle die Anrufung des Beschwerdegerichts für noch vertretbar erscheinen läßt."

99. Darauf verweist vor allem Seetzen, ZRP 1971, 37.

100. Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1969, 194.

Eine ähnliche Regelung enthält § 13 a FGG:

- (1) Sind an einer Angelegenheit mehrere Personen beteiligt, so kann das Gericht anordnen, daß die Kosten, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren, von einem Beteiligten ganz oder teilweise zu erstatten sind, wenn dies der Billigkeit entspricht. Hat ein Beteiligter Kosten durch ein unbegründetes Rechtsmittel oder durch grobes Verschulden veranlaßt, so sind ihm die Kosten aufzuerlegen.

Im Zuge der Reform des Eherechts soll § 93 a ZPO wie folgt gefaßt werden:

- (1) Wird auf Scheidung einer Ehe erkannt, so sind die Kosten der Scheidungssache und der Folgesachen gegeneinander aufzuheben. Erscheint dies im Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten oder im Hinblick auf den Ausgang einer Folgesache ... als unbillig, so kann das Gericht die Kosten anderweitig verteilen.

Damit wird das Kostenrecht dem zukünftigen materiellen Scheidungsrecht angepaßt: Das zukünftige Scheidungsrecht wird vom Zerrüttungsprinzip geprägt sein. Bei einer Ehescheidung wegen Zerrüttung braucht der im Scheidungsverfahren unterlegene Ehegatte aber nicht "schuld" an der Scheidung zu sein. Eine Kostenregelung die ihm gleichwohl schematisch die Kosten des Scheidungsverfahrens auferlegte, müßte deshalb als unbillig empfunden werden. Sie würde auch dem Wesen des Zerrüttungsprinzips nicht gerecht. Gilt das Zerrüttungsprinzip, gibt es ein Unter-

liegen im eigentlichen Sinne nicht mehr. Auf die Ursachen der Scheidung kommt es nicht an. Durch die Billigkeitsklausel des Abs. 1, Satz 2 wird sichergestellt, daß ein weniger begüterter oder ein vermögensloser Ehegatte durch die Kosten des Scheidungsverfahrens nicht unangemessen belastet wird. Im Ergebnis haben damit die Ehegatten nicht nur die laufenden Lasten während des Bestehens der Ehe (nach § 1360 BGB), sondern auch die Kosten für die Auflösung der Ehe jeweils nach ihren Kräften zu tragen.

Der Vorschlag von Schneider und die §§ 36 q PatG, 13 a FGG sowie der geplante § 93 a ZPO weisen in den Einzelheiten allerdings erhebliche Unterschiede auf:

Schneider will dem Richter den größten Spielraum einräumen. Nach seiner Ansicht soll zwar auch in erster Linie das Maß des Obsiegens oder Unterliegens für die Kostenentscheidung den Ausschlag geben. Daneben könnten aber noch andere Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Insbesondere wäre darauf zu achten, inwieweit eine Partei den Prozeß unsorgfältig führte und dadurch vermeidbare Kosten entstehen ließ¹⁰¹.

§ 36 q und § 13 a FGG stellen offensichtlich in erster Linie darauf ab, ob die Anrufung des Gerichts "vertretbar" war¹⁰².

Die geplante Neufassung des § 93 a ZPO ist dagegen in erster Linie auf die Besonderheiten des Ehe- und Ehescheidungsrechts zugeschnitten.

101. Schneider, JurA 1971, Heft 1, 57 (108).

102. Siehe BPatG, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1969, 194.

Die Verwirklichung des Vorschlags von Schneider bzw. die Übernahme einer der besprochenen Regelungen in das allgemeine Prozeßkostenrecht wollen jedoch sorgfältig überlegt sein. Trotzdem kann schon jetzt festgestellt werden: Berücksichtigt man die Vieldeutigkeit der Gesetze, die Ungewißheiten des Prozeßverlaufs und die Begrenztheit des richterlichen Erkenntnisvermögens, wird man an einer Änderung des § 91 ZPO nicht vorbeikommen. Das unbewegliche Kostenerstattungsprinzip, diese im Grunde primitive Regelung, muß durch eine Norm ersetzt werden, welche für die verschiedensten Umstände empfänglich ist und Raum läßt für eine Entscheidung, die sich an den Besonderheiten des konkreten Einzelfalles orientiert. Der Vorschlag von Schneider wird diesen Postulaten am ehesten gerecht. Da er die Kostenentscheidung grundsätzlich in das Ermessen des Gerichts stellt, gibt er dem Richter die Möglichkeit, sämtliche kostenrechtlich relevanten Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Andererseits bindet er das Gericht auch, wenn er bestimmt, daß in erster Linie das Maß des Obsiegens oder Unterliegens entscheidend sein soll. Er macht damit die Kostenentscheidung nicht völlig unvorhersehbar, kommt also der Forderung nach Rechtssicherheit entgegen.

n) Sozialpolitische Postulate

aa) Änderung des Armenrechts

Zuallererst müßte das Wort Armenrecht durch ein weniger diskriminierendes ersetzt werden ¹⁰³. Psychologisch wäre

¹⁰³. Das fordert auch Hillermeier, BayVBl. 1972, 409, Fußnote 11. Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 66 empfiehlt ebenfalls die Abschaffung dieser "unzeitgemäße(n) Bezeichnung".

schon viel gewonnen, wenn man - wie in der DDR ¹⁰⁴ - von "vorläufiger Kostenbefreiung" spräche.

Ungleich wichtiger sind aber substanzielle Verbesserungen:

So sollten die Bewilligungsvoraussetzungen gelockert werden. Zu denken wäre beispielsweise an eine Verdoppelung der Freigrenze ¹⁰⁵.

Außerdem müßte eine Partei, der Armenrecht gewährt wurde, von der Erstattung der Prozeßkosten der gegnerischen Partei im Falle des Unterliegens freigestellt werden ¹⁰⁶.

Die gegnerische Partei sollte dafür ihre Prozeßkosten von der Staatskasse erstattet bekommen ¹⁰⁷. Sicherlich käme eine solche Regelung - worauf Speckmann hinweist ¹⁰⁸ - auch und in erster Linie der Gegenpartei zugute. Eine derartige Kostenbefreiung ist aber eine logische Konsequenz des Armenrechts. Sie ist auch gerechtfertigt. Das Armenrecht bleibt nämlich solange unvollkommen, solange nicht die arme Partei selbst gegen den Kostenerstattungsanspruch des Gegners aus § 117 ZPO geschützt wird. Dies umso mehr, als der armen Partei mit der Bewilligung des Armenrechts "hinreichende Erfolgsaussicht" bescheinigt wurde.

Nicht vergessen werden dürfen endlich die Angleichung der juristischen Person an die natürliche und die Möglichkeit einer ratenweisen Zahlung von Gerichtskosten ¹⁰⁹.

104. BRD - DDR, Systemvergleich 2: Recht, herausgegeben vom Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen, 1972, Seite 327.

105. Ebenso Schmidt, JZ 1972, 681.

106. Auch im Bundesministerium der Justiz wird erwogen, eine endgültige Kostenbefreiung zugunsten der armen Partei einzuführen (Recht, Information des Bundesministers der Justiz, 28. Februar 1974, S. 31).

107. So auch Röhl, -ZRP 1970, 275.

108. ZRP 1971, 71.

109. Eine ratenweise Zahlung der Gerichtskosten kennt z.B. die Zivilprozeßordnung der UdSSR: Art. 81: Das Gericht oder der Richter können einer oder beiden Parteien unter Berücksichtigung ihrer Vermögenslage die Zahlung der Gerichtskosten an den Staat stunden, in Raten gestatten oder ihren Betrag ermäßigen.
(Entnommen: Die Zivilprozeßordnung der RSFSR, Berichte des Osteuropa Instituts an der FU Berlin, 1965.)

Wenn dann die arme Partei ihren Anwalt noch selbst wählen könnte und wenn dieser Anwalt mit normalen Gebühren aus der Staatskasse entlohnt würde, wäre ein großer Schritt in Richtung Chancengleichheit zwischen arm und reich getan ^{109a}.

bb) Gebührenstaffelung

Ein interessantes Modell auf dem Gebiet des Prozeßkostenrechts wird nach Pressemitteilungen ¹¹⁰ demnächst in Schweden erprobt. Danach sollen die Gebühren nach dem Einkommen gestaffelt werden. Wer beispielsweise - umgerechnet - 15.000 DM jährlich verdient, hat nur etwa - umgerechnet - 35 DM an Anwaltsgebühren zu zahlen. Den Rest, das heißt den Differenzbetrag zwischen dieser ermäßigten Gebühr und der Normalgebühr, trägt der Staat. Der Höchstbetrag, der von einer Partei zu leisten ist, soll mühelos von Tabellen abgelesen werden können. Eine derartige Gebührenstaffelung würde das Armenrecht ergänzen und abrunden. Sie könnte sogar, falls die Gebühren niedrig genug angesetzt würden, das Armenrecht überflüssig machen. Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit bestehen nicht: Als soziale Maßnahme, die unterschiedslosen Rechtsschutz garantieren soll, wird sie von Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip gedeckt. Abgestufte Gebühren lassen sich auch mit den Kostenrechtsprämissen vereinbaren. Die allgemeine Relevanz eines Prozesses käme dadurch noch deutlicher als bisher zum Ausdruck. Streiten ließe sich höchstens über die Praktikabilität des schwedischen Vorschlags.

^{109a}. Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973 will darüber hinaus das Vorprüfungsverfahren abschaffen (66 f) und das Rückforderungsrecht des Staates streichen (68). Dieser Vorschlag geht aber wohl zu weit. Der Staat hat ein legitimes Interesse daran, daß nur wirklich Bedürftige in den Genuß des "Armenrechts" kommen.

¹¹⁰. FAZ vom 8.3.1972

Ohne Zweifel würde die Lust am Prozessieren wachsen, wenn das drohende Kostenrisiko für jeden erträglich wäre. Schweden hat diese Gefahr erkannt und will deshalb die volle Kostenerstattungspflicht des Unterliegenden an den gegnerischen Anwalt nach normalen Gebührensätzen beibehalten. Damit wird aber der Wert der Gebührenstaffelung relativiert bzw. ganz in Frage gestellt. Außerdem wäre die Kostenerstattungspflicht dann eine Art Strafe für Prozeßverlust¹¹¹. Eine solche erscheint aber bei einem nicht mutwillig geführten Prozeß ganz und gar nicht gerechtfertigt.

Ob die mit einer Gebührenstaffelung nach Einkommen verbundene Mehrbelastung des Justizhaushalts zu verkraften wäre, kann hier nicht abschließend geklärt werden. Dazu bedürfte es weiterer Untersuchungen.

Trotz all dieser Schwierigkeiten bleibt der Vorschlag einer Gebührenstaffelung aber insgesamt ein der Überlegung werter Diskussionsbeitrag¹¹².

9) Rechtsschutzversicherung

Last not least soll noch auf eine Anregung Baur's hingewiesen werden, die in letzter Zeit in der juristischen Literatur ausgiebig erörtert wurde. Baur ist der Ansicht, die kostenrechtliche Misere könne nur durch eine

111. Darauf verweist Bokelmann, ZRP 1973, 164 (168).

112. Wie aus der Antwort des Parl. Staatssekretärs im Bundesministerium der Justiz, Dr. Alfons Bayerl, auf eine parl. Anfrage der Abgeordneten Frau Dr. Lepsius hervorgeht, wird im Bundesministerium der Justiz zur Zeit ebenfalls überlegt, ob nicht das derzeitige Armenrecht durch die Einführung eines Tabellensystems abgelöst werden sollte, mit dem für den Regelfall die zumutbare Kostenlast im Verhältnis zum Einkommen festgestellt werden könnte (Recht, Information des Bundesministers der Justiz, 28. Februar 1974, S. 31).

allgemeine Rechtsschutzpflichtversicherung, ähnlich der Sozialversicherung, behoben werden ¹¹³. Eine versicherungsrechtliche Lösung des Kostenproblems sei deshalb gerechtfertigt, weil sich ein Prozeß für die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung als "Schicksalschlag" auswirke. Ein Prozeß sei mit einer Krankheit, einem Unfall oder mit Arbeitslosigkeit zu vergleichen ¹¹⁴. Die Versicherungsprämien könnten zusammen mit den Beiträgen zur Sozialversicherung eingezogen werden ¹¹⁵.

Baurs Vorschlag besticht zwar auf den ersten Blick, doch wäre seine Verwirklichung mit großen Problemen verbunden:

Eine Pflichtversicherung wäre verfassungsrechtlich bedenklich ¹¹⁶.

Ob die Pflichtzugehörigkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG vereinbar ist, kann zumindest zweifelhaft sein. Schwierigkeiten ergäben sich auch aus Art. 12 und 14 GG, da private Versicherer durch die Pflichtversicherung verdrängt würden.

Eine allgemeine Versicherung hätte auch unerwünschte Nebeneffekte. So würde die Zahl der Prozesse zweifellos stark ansteigen. Baur ¹¹⁷ meint zwar, dazu werde es nicht kommen, weil jeder Prozeß eine psychische Belastung mit sich bringe und nicht nur eine finanzielle. Diese psychische Belastung wiege so schwer, daß im allgemeinen ohne Not nicht prozessiert werde. Baur berücksichtigt aber meines Erachtens zu wenig, daß die Prozesse dann von der Versicherung nicht nur finanziert,

113. JZ 1972, 75 (78).

114. Baur, oben N. 113, Seite 77.

115. Baur, oben N. 113, Seite 78.

116. Darauf weist insbesondere Bauer, VersR 1973, 110 (112) hin.

117. Oben N. 113.

sondern auch geführt würden. Ein "fremdgeführter" Prozeß ist für eine Partei aber mit einer relativ geringen psychischen Belastung verbunden.

Leider vergrößern Rechtsschutzversicherungen auch den Abstand zwischen Gericht und Partei. Blankenburg hat darauf hingewiesen ¹¹⁸, daß kaum eine Partei bei einem fremdfinanzierten Prozeß an einer mündlichen Verhandlung teilnimmt. Die Vorteile einer Rechtsschutzversicherung müßten also mit einer noch größeren Entfremdung zwischen Bürger und Gericht als bisher erkaufte werden - ein wahrlich hoher, ein wohl zu hoher Preis.

Was aber am schwersten wiegt - eine Pflichtversicherung würde im Endergebnis zu Lasten der Minderbemittelten gehen. Der Arme, um den es hier hauptsächlich geht, würde ebenfalls zur Kasse gebeten. Wahrscheinlich sogar überproportional, da sich eine Staffelung der Versicherungsprämien nach dem Einkommen kaum realisieren ließe, da aber andererseits Arme kaum in Prozesse mit sehr hohen Streitwerten verwickelt werden.

Solange diese Bedenken nicht zerstreut werden können, kann die Einführung einer allgemeinen Rechtsschutzversicherung nicht empfohlen werden ¹¹⁹.

118. Der lange Weg in die Berufung, in: Tatsachenforschung in der Justiz, herausgegeben von Bender, 1972, Seite 101.

119. Sieg, BB 1972, 1379 spricht sich im Endergebnis zwar auch gegen eine Rechtsschutzpflichtversicherung aus, will aber die schon bestehenden freiwilligen Versicherungen dadurch besonders fördern, daß die Versicherungsnahme zur Obliegenheit ausgestaltet wird, mit der Folge, daß derjenige "Rechtsnachteile" erleidet, der keine Rechtsschutzversicherung abgeschlossen hat. Gegen eine Rechtsschutzpflichtversicherung wendet sich neuerdings auch Herrmann, Probleme des Prozeßkostenrisikos, 1973, 80 ff.

4. Schlußbemerkung

Als Ergebnis dieser Untersuchung haben sich folgende Erkenntnisse herausgeschält:

Das "ideale" Kostenrecht muß sich vom derzeitigen unterscheiden. Es darf nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, die Justizgarantie und gegen den Gleichheitssatz verstoßen. Zugleich hat es die Rechtsschutzaufgabe des Staates, die Prozeßzwecke und endlich die Theorien zum Kostenrecht zu berücksichtigen.

Dieses Ziel ist nur mit Hilfe der verschiedensten Maßnahmen zu erreichen. De lege lata wäre an eine Festsetzung des Streitwerts nach Rücksprache und in Übereinstimmung mit den Prozeßparteien, an eine konsequente Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO, an eine Anpassung des Streitwerts an den wirklichen Streit und an eine großzügige Handhabung des Armenrechts zu denken. De lege ferenda müßte eine Regelung getroffen werden, die es jedem erlaubt, sich über sein Recht zu informieren. Diese Rechtsberatung hätte zumindest für wirtschaftlich schwächere Personen kostenlos zu sein. Außerdem sollten die Gerichtsgebühren ermäßigt und die Kosten einer Grundsatzrevision bzw. fehlerhafter Gerichtsentscheidungen vom Staat übernommen werden. § 91 ZPO wäre zu einer reinen Ermessensvorschrift zu erweitern. Sozialpolitisch abgerundet müßte das Kostenrecht schließlich durch eine Reform des Armenrechts oder (bzw. daneben) durch eine Gebührenstaffelung nach dem Einkommen werden.

Wer von diesem bunten Katalog von Vorschlägen enttäuscht ist, wer sich stattdessen einen einheitlichen "großen

Wurf" gewünscht hätte, mag sich damit trösten, daß es mit dem Kostenrecht ebenso ist wie mit vielem im Leben: Wo gegensätzliche Interessen aufeinanderprallen, muß nach Kompromissen gesucht werden. Kompromisse zeichnen sich aber in der Regel nicht gerade durch Einfachheit oder klare Linienführung aus.

Die Untersuchung soll der Rechtsprechung und der Gesetzgebung Anregungen liefern. Sie enthält aber auch die Mahnung, endlich die grundgesetzlichen Garantien im Bereich des Rechtsschutzes ernst zu nehmen. Wenn dem Kostenrecht in Zukunft mehr Aufmerksamkeit gewidmet und wenn die Schlüsselstellung des Kostenrechts von mehr Juristen als bisher erkannt würde, dann hätte diese Arbeit ihren Zweck erfüllt.

Lebenslauf

Am 2. Februar 1947 wurde ich, Erwin Baier, als Sohn des Landwirts Xaver Baier und seiner Ehefrau Regina, geb. Mißlbeck, in Jahrsdorf, Kreis Roth, geboren.

Dort besuchte ich von 1953 bis 1958 die Volksschule. Im September 1958 trat ich in das Willibald-Gymnasium in Eichstätt/Bayern über. Das Abitur legte ich im Jahre 1967 ab.

Im Herbst 1967 begann ich an der Universität Erlangen-Nürnberg mit dem Studium der Rechtswissenschaften. Nach dem 8. Semester unterzog ich mich im Termin 1971/II mit Erfolg der ersten juristischen Staatsprüfung. Seit 1.2.1972 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst.

Am 1.9.1972 schloß ich vor dem Standesamt Hilpoltstein/Mittelfranken mit Fräulein Wally Brandl die Ehe.

Druck: HOGL Erlangen